أوامــر الأداء

فى ضوء القضاء والفقه

تأليف

شـريـف أحمــد الطبــاخ

المحـامـى

بالنقــض والإداريــة العليــا

مقـــدمة

سلوك طريق أمر الأداء وجوبى وعدم اتباع هذا الطريق والالتجاء الى القواعد العامة فى الحالات التى يجب فيها سلوك طريق أمر الأداء من شأنه أن يجعل الدعوى غير مقبولة أصلا لعدم سلوك الطريق القانونى لرفعها وتقضى المحكمة من تلقاء نفسها بذلك لتعلقه بالنظام العام وذلك سبب اتصاله باجراءات التقاضى وطرق رفع الدعاوى.

لذلك رأينا إلقاء الضوء على هذا الموضوع متجنبين الدخول فى تفصيلات النظريات الفقهية إلا بالقدر الذى تقتضيه الدراسة العملية كما أننى اخترت أهم المشكلات العملية التى تثار بالنسبة لهذا الموضوع سواء من الناحية الموضوعية أو الناحية الاجرائية كما عنيت بأحكام القضاء عناية تامة وصلت فى بعض الأحيان الى حد الأسهاب . وذلك لإيمانى بأن أهمية أى بحث قانونى لا يتحقق إلا من خلال فائدته العملية.

وكل أملى أن أكون – بهذا الجهد المتواضع – قد القيت بعض الضوء على هذا الموضوع لتكون الاستفادة اكثر لرجل القضاء الواقف والجالس . وإن كنت قد وفقت فهذه غاية المنى وإن كنت قد أخفقت فيكفينى ثواب الاجتهاد وحسن القصد.

المؤلف

شـريـف أحمــد الطبــاخ

البـــاب الأول : شروط استصدار أمر الأداء وطبيعته

الفصل الأول : طبيعــة أوامـــر الأداء

تنص المادة (201) من قانون المرافعات على أنه " استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعوى ابتداء ، تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية ، إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء ، وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار ، أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره ".

وتتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطي لأحدهم .

أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة فى رفع الدعوى.

حقق نظام وأمر الأداء نجاحا كبيرا منذ صار نظاما واجب الاتباع فى الحالات التى أوجب القانون اتباعه فيها ، حيث تدل الإحصائيات على أن الغالبية العظمى من طلبات أوامر الأداء قد قبلت ولم يتم التظلم منها أمام المحكمة إلا فى نسبة ضئيلة ، كما أن نسبة الأحكام الصادرة فى هذه التظلمات بإلغاء الأمر كانت قليلة ، ولا شك أن هذا النجاح ترتب عليه سرعة البت فى المنازعات وعدم تكدس الجلسات بقضايا ما لم تكن هناك ضرورة تستوجب عرضها على المحاكم ، مما أدى الى تخفيف العبء عن القضاة لذلك اتجه المشروع الى التوسع فى الحالات التى يقع فيها نظام أوامر الأداء

بحيث تشمل بجانب الديون التى يكون محلها مبالغ نقدية أو تسليم المنقول المعين بنوعه (المثليات) طلب تسليم المنقول المعين بذاته أيضا متى توافرت فيه شروط إصدار الأمر فنصت المادة الثانية من المشروع على تعديل الفقرة الأولى من المادة 201 من قانون المرافعات بإضافة المنقول المعين بذاته الى الحالات التى يجوز فيها استصدار أمر الأداء كطلب تسليم سيارة أو لوحة فنية أو ما شابه ذلك.

كما نص المشروع فى المادة الثانية منه على تعديل الفقرة الثانية من المادة 210 من قانون المرافعات بالاكتفاء بتقديم طلب الأداء وصحة إجراءات الحجز خلال الثمانية أيام التالية لتوقيع الحجز دون استلزام أن تتضمن ورقة تبليغ الحجز عليه إخطاره بتقديم هذا الطلب وذلك حتى يتيح الحاجز الفرصة لأن يستكمل إجراءات صحة الحجز قبل أن يطلب ثبوت الحق وصحة هذه الإجراءات وذلك أسوة بما أتبعه المشروع فى حالة استصدار أمر الحجز من قاضى التنفيذ حيث لم يتطلب فى المادة 333 من قانون المرافعات إلا رفع الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الثمانية أيام من إبلاغ الحجز الى المحجوز عليه ، وباعتبار أن تقديم طلب الأداء يقوم مقام رفع الدعوى

وبديهي أنه يجب على الحاجز إبلاغ الحجز الى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز المعلنة الى المحجوز لديه خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه الى الأخير وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن شأنه فى ذلك شأن القاعدة المنصوص عليها فى المادة 333 من قانون المرافعات.

وقد اختلف الرأى حول طبيعة أمر الأداء وما إذا كان يعتبر عملا ولائيا أم عملا قضائيا فذهب رأى الى أنه يعتبر عملا ولائيا يصدر عن السلطة الولائية للقاضى الذى يصدر أمرا حكما فلا يخضع لما تخضع له الأحكام من شكل أو بيانات إلا أنه متى صدر يكون

وقد تضمن قضاء قطعيا ملزما فيرتب آثار الحكم القطعى من حيث الحجية وحسم النزاع . (أبو الوفا – التنفيذ ص183 وما بعدها) ، والملاحظ أن المشرع يمنح المختص بإصدار أوامر الأداء وظيفة ولائية بحتة وذلك للأسباب الآتية :

أن المشرع نص على وجوب استصدار الأمر بالأداء ، بدلا من عرض النزاع على المحكمة ابتداء وتعطيل نظر القضايا الأخرى ، ومعنى هذا أن المشرع قصد التيسير على المحاكم فبدلا من أن تقوم بوظيفة قضائية أوجب أن تباشر أولا وظيفة ولائية ميسرة وتصدر أمرا بدلا من إصدار حكم.

واضح من النصوص أن المشرع يوجب على القاضى إصدار أمر لا حكم ، فهو يقول فى المادة 203 ، ويجب أن يصدر الأمر ، ويقول فى المادة 204 إذا رأى القاضى أو رئيس الدائرة ألا يجيب الطالب الى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر ، وهذا المتقدم يتضح أيضا بجلاء فى المذكرة التفسيرية للقانون السابق.

يؤكد ما تقدم أن المشرع يمنع القاضى من موالاة وظيفته الولائية عند إصدار الأمر فهو يقول فى المادة 204 " إذا رأى القاضى أو رئيس الدائرة المختصة ألا يجيب الطالب الى كل طلباته عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر " ، وإذن القاضى لا يصدر الأمر الولائى إلا إذا أجاب به كل مطلوب الخصم . فإذا تطلب المر فصلا فى خصومة وتقديرا لها وجب عليه أن يمتنع عن موالاة وظيفته الولائية حتى لا يخرج عن حدودها وحتى لا يباشر سلطة قضائية فى حالة هو ممنوع عن مباشرتها ، لأنه ليس بصدد خصومة قضائية .

يؤكد كل ما تقدم أن اجراءات اصدار الأمر تتمم بغير مرافعة وفى غفلة من الخصم الآخر ، ومن ثم فإن الأمر لا يلزم أن تتوافر فيه البيانات التى أوجبها المشرع صراحة فى المادة 203 ، أما إذا صدر الأمر فإن المشرع يعتبره بقوة القانون بمثابة حكم ويعد فاصلا بقضاء قطعى ملزم فى مطالبة بحق

ويذهب غالبية الفقه الى أن أمر الأداء يعتبر عملا قضائيا ويصدر عن السلطة القضائية للقاضى فيعتبر تقديم العريضة بمثابة مطالبة قضائية يرتب كافة آثار المطالبة القضائية غير أن فريقا من هؤلاء ذهب فى هذا الصدد الى اعتبار أمر الأداء حكما

ومن ثم استوجب فيه بيانات الأحكام وأخضعه لقواعد إصدارها وتحريرها . (الوشاحى ص102 وما بعدها) ، ولكن الصحيح أنه وإن كان أمر الأداء عملا قضائيا إلا أنه ليس حكما ذلك أنه وأن كان العمل القضائى يفترق عن العمل الولائى إلا أنه ليس حتما أن يفرغ الأول فى شكل الحكم أو أن يفرغ الثانى فى شكل الأمر فقد يمارس القاضى سلطته الولائية فى شكل حكم كحكم مرسى المزاد أو التصديق على الصلح كما أنه قد يمارس سلطته القضائية فى صورة أمر كالحال فى أوامر الأداء التى تتوافر فيها كل أركان العمل القضائى من إرادة ومحل وسبب ومطالبة قضائية ثم الشكل الذى اختاره الشارع وهو شكل الأمر ، ومن ثم فإن أمر الأداء يخضع لما يخضع له العمل القضائى من قواعد ويصدر عن السلطة القضائية للقاضى الذى يخضع لما يخضع له سائر القضاة عند مباشرتهم لوظيفتهم القضائية فتحرى فى شأنه قواعد الاختصاص ويعتبر مطالبة قضائية فيستلزم قبوله توافر شروط قبول الدعوى ويعتبر ما أمر به قضاء قطعيا يحوز حجية الأمر المقضى ،

ولكنه من جهة أخرى لا يعتبر حكما فلا يخضع لما تخضع له الأحكام كشكل خاص للعمل القضائى من قواعد بل يعتبر أمرا على عريضة يخضع بصفة عامة لما تخضع له الأوامر على عرائض من أحكام إلا ما خصه به المشرع من أحكام خاصة مراعاة منه لطبيعته كعمل قضائى ومن ذلك اختصاص قاضى المحكمة الجزئية أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية بإصداره دون قاضى الأمور الوقتية وسبقه بتكليف بالوفاء وصدور خلال ثلاثة أيام من تقديم الطلب ، وسقوطه عند عدم إعلانه خلال ثلاثة شهور من تاريخ صدوره وحصر الاختصاص بالتظلم منه فى محكمة المواد الجزئية أو المحكمة الابتدائية ، وأجازه الطعن فيه . (راجع فيما سبق أمينة النمر فى أوامر الأداء بند 12 – سيف ص742 - مسلم ص666- الوشاحى فى أوامر الأداء بند 3 – راغب فى الرسالة ص100 وما يليها و666 وما بعدها – أمينة النمر بند 10 ، 11 ، 14) ، وقد اتجهت محكمة النقض الى أن المشرع أنزل أوامر الأداء منزلة الأحكام فنص فى المادة 853 مرافعات (قديم) على أن يعتبر أمر الأداء بمثابة حكم غيابى ، كما صرحت المذكرة الإيضاحية لكل من القانونين 1953/265 ، 1953/485 على نفى الرأى القائل باعتبار أمر الأداء بمثابة أمر على عريضة ، وقد أكد المشروع ذلك بمعاملة أوامر الأداء معاملة الأحكام فى مواطن كثيرة منها ما نصت عليه المواد 855 ، 856 ، 857 مكرر مرافعات (قديم).

مما يتأدى معه أن أوامر الأداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتشبته بطريقة استصدار على العرائض إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية لا الولائية ولها ما للأحكام من قوة تصلح أداء لاستصدار أمر بالاختصاص على ما تنص عليه المادة 1085 مدنى . (نقض مدنى جلسة 1963/4/4 الطعن رقم 264 لسنة 27ق س14 ص475) وتعد العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى بديل ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء . (نقض مدنى جلسة 1967/11/7)

ومن ثم تقديم العريضة مطالبة قضائية ترتب كافة آثار المطالبة القضائية ومنها قطع التقادم (1975/6/25 طعن 232 سنة 40ق – 1969/11/20 – م نقض م – 20 – 1220 – 1969/11/6 – م نقض م – 20 – 1170) ولذلك فإنه إذا بطل أمر الأداء لعدم توافر شروط الدين فإن هذا البطلان لا يمتد الى طلب الأمر الذى يعتبر بديلا عن صحيفة الدعوى فيبقى منتجا أثره فى قطع التقادم (1969/10/21 – م نقض م – 20 – 1138) وبعد أمر الأداء النهائى – بإلزام المشترى بباقى الثمن – هو بمثابة حكم حاز قوة الأمر المقتضى مانع من العودة الى مناقشة مسألة أحقية البائع لباقى الثمن الذى أصبح حال الأداء بأية دعوى تالية وبأدلة قانونية أو واقعية لم تسبق إثارتها قبل صيرورته انتهائيا أو أثيرت ولم تبحث فعلا لعدم انفتاح بحثها . (نقض مدنى جلسة 1974/11/11 الطعن رقم 319 لسنة 38ق س25 ص327) .

ومن أحكام محكمة النقض فى هذا الصدد الطعن رقم 415 لسنة 46ق والذى جاء فيه ما أدخله القانون رقم 100 لسنة 1962 من تعديل على قانون المرافعات السابق بالنسبة لأوامر الأداء بحذفه من المادة 857 الحكم القضائى باعتبار الأمر بمثابة حكم غيابى وإبرازه صفة الأمر باعتباره أمر وليس حكما وأن يكون الطعن فيه فى صورة تظلم وليس فى صورة معارضة فى حكم غيابى إنما كان تمشيا مع ما استحدثه القانون المشار إليه من إلغاء طريق الطعن بالمعارضة فى الأحكام الغيابية كقاعدة عامة كما استهدف – وعلى ما أفصحت عنه مذكرته التفسيرية – تفادى الصعوبات التى تترتب على اعتبار التظلم من الأمر معارضة كجواز أو عدم جواز إبداء الطلبات العارضة فى المعارضة أو كإبداء الدفع بعدم الاختصاص النوعى أو المحلى أو بالإحالة .

ومن ثم فليس من شأنه هذا التعديل تغيير طبيعة أمر الأداء كعمل قضائى يصدر من القاضى بمقتضى سلطته القضائية لا سلطته الولائية كطريق استثنائى لرفع الدعاوى يرتب القانون على تقديم عريضته كافة ما يرتبه على رفع الدعوى من آثار يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 857 المعدلة بالقانون 100 لسنة 1962 من أنه يترتب على تقديم العريضة قطع التقادم

وما اشارت إليه المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الحالى بقولها " اسقط المشروع فى المادة 208 منه الفقرة الثامنة من المادة 857 من القانون القائم التى تقضى بأن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه قطع التقادم لأنه إذا كان ثمة ما يبرر وجود هذا الحكم فى القانون القائم فإن هذا المبرر ينتفى بعد أن اتجه المشرع الى رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب ولا شك بعد ذلك أن تقديم عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى ومفاد ذلك أن العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء لازالت – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بديلة صحيفة الدعوى بها تتصل الدعوى بالقضاء فإذا ألغت محكمة التظلم الأمر لسبب لا يتعلق بعيب فى هذه العريضة فإنها لا تقتصر على الإلغاء بل عليها أن تفصل فى موضوع النزاع " (نقض مدنى جلسة 1980/2/12 الطعن رقم 415 لسنة 46ق س31 ج1 ص508).

تمييز أمر الأداء عن العرائض والأحكام :

من أوجه الاختلاف بين الأوامر على العرائض وأوامر الأداء أن المشرع قد أجاز التظلم فى الأمر الصادر على عريضة أمام القاضى الآمر ، بينما إذا أراد الصادر ضده أمر الأداء التظلم من هذا الأمر فإنه يحق له التظلم منه أمام المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية بحسب الأحوال دون التظلم أمام القاضى الآمر .

وعلى خلاف الأمر على عريضة فإن أمر الأداء يصدر خلال ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب ولم يلزم المشرع القاضى بإصداره فى اليوم التالى لتقديمه كما هو الشأن فى الأوامر على العرائض ، وذلك حتى يعطى للقاضى فرصة أكبر لأعمال الروية والتأكد من توافر الشروط الشكلية والموضوعية باعتباره يقوم بعمل قضائى ، أى يفصل فى مطالبة قضائية بحق وليس عملا ولائيا بحتا.

ومن أوجه الاختلاف أيضا ، أنه بينما أجاز المشرع التظلم من الأمر الصادر على عريضة دون ما تحديد ميعاد يحجب عنه الحق فى التظلم – ما لم يكن قدصدر حكم فى الدعوى الموضوعية المتعلقة بهذا الأمر – فإنه بالنسبة للتظلم فى أمر الأداء يتعين أن يقدم التظلم بالأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى وفى خلال عشرة ايام من تاريخ إعلان الأمر .

وبينما يسقط الأمر الصادر على عريضة إذا لم يقدم للتنفيذ خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره ، وإن كان ذلك لا يمنع من اصدار أمر جديد (مادة 200 مرافعات) فإنه بالنسبة لأوامر الأداء يستوجب المشرع إعلان المدين فى موطنه بأمر الأداء والعريضة الصادر الأمر بناء عليها وذلك خلال ثلاثة اشهر من تاريخ صدور الأمر وإلا اعتبرت العريضة وأمر الأداء الصادر عليها كأن لم يكن .

وبينما يتطلب المشرع أن يسبق طلب استصدار أمر الأداء بتكليف المدين بالوفاء بالدين بميعاد خمسة أيام على الأقل تقديرا من المشرع لصدور أمر الأداء بإلزام لمدين مما يقتضى سبق تنبيهه وتكليفه بالوفاء ، فإن مثل هذا التكليف لا يتطلب بالنسبة لطلب استصدار أمر على عريضة ، وذلك لطبيعة الأمر على العريضة الذى يستهدف مباغتة المطلوب استصدار الأمر على العريضة ضده .

وبينما تسرى على أمر الأداء ، وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال المثبتة فى القانون ، فإنه بالنسبة للأوامر على العرائض لجد أنها تنفذ معجلا بقوة القانون فى جميع الأحوال .

أنزل المشرع أوامر الأداء منزلة الأحكام ، فنص فى المادة 853 مرافعات على أن يعتبر أمر الأداء بمثابة حكم غيابى ، كما صرحت المذكرة الايضاحية لكل من القانونين 1953/265 ، 485 لسنة 1953 على نفى الرأى القائل باعتبار أمر الأداء بمثابة أمر على عريضة ، وقد أكد المشرع ذلك بمعاملة أوامر الأداء معاملة الأحكام فى مواطن كثيرة ، منها ما نصت عليه المواد 855 ، 856 ، 857 مكرر مرافعات ، مما يتأدى معه أن أوامر الأداء وإن كانت تصدر بطريقة تختلف عن الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وتشتبه بطريقة استصدار الأوامر على عرائض إلا أنها تصدر بموجب السلطة القضائية لا الولائية ولها ما للأحكام ن قوة وتصلح أداة لاستصدار أمر بالاختصاص على ما تنص عليه المادة 1085 مدنى

اجراءات استصدار أمر الأداء عند توافر الشروط التى يتطلبها القانون اجراءات تتعلق بشكل الخصومة ولا تتصل بموضوع الحق المدعى به أو بشروط وجوده ، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها الى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء هو حقيقته دفع ببطلان الإجراءات لعدم مراعاة الدائن القواعد التى فرضها القانون لاقتضاء دينه وبالتالى يكون هذا الدفع موجها الى اجراءات الخصومة وشكلها ، وكيفية توجيهها وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية ، وليس دفعا بعدم قبول مما نصت عليه المادة 143 من قانون المرافعات السابق .

المستفاد من نص المادة 201 مرافعات أن طريق أوامر الأداء هو استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ابتداء لا يجوز التوسع فيه ، ولا يجوز سلوكه إلا إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه ومقداره ، والمقصود بكونه معين المقدار ألا يكون الحق الظاهر من عبارات الورقة قابلا للمنازعة فيه

وإذ كان الثابت أن الحق موضوع المطالبة هو باقى ثمن اشياء رسى على الطاعن مزادها ونكل عن تنفيذ التزامه باستلامها فإن هذا الحق لا تتوافر فيه الشروط المتقدمة التى يجب معها استصدار أمر بأدائه غذ هو مثبت بمقداره فى سند كتابى يحمل توقيع الطاعن فضلا عن أنه مثار نزاع منذ البداية حول استحقاقه ومقداره ، ومن ثم فلا تكون المطالبة به إلا بطريق الدعوى العادية .(نقض 1979/3/7 طعن 621 لسنة 40ق مج س30 ص736).

الفصل الثانى : شروط استصدار أمر الأداء

تنص المادة 1/201 من قانون المرافعات على أنه " استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ابتداء تتبع الأحكام الواردة فى المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره .

ويتضح لنا من هذا النص بأن الشروط الموضوعية لاستصدار أمر الأداء تتمثل فى ثلاثة شروط حصرهم المشرع فى هذه المادة وهم على الترتيب التالى :

الشرط الأول : أن يكون المطلوب مبلغا من النقود أو منقولا معينا بذاته أو بنوعه ومقداره

المقصود بأن يكون المطلوب مبلغا من النقود :

المقصود بكون الحق المطلوب مبلغا من النقود هو أن يكون محل التزام المدين ، وهو الأداء الذى يجب أن يقوم به لصالح الدائن ، هو دفع مبلغ من النقود ، فمتى كان المدين ملتزما بان يؤدى للدائن مبلغا نقديا فإن محل التزامه يكون أداء مبلغ النقود ويكون على الدائن عند مطالبة المدين بتنفيذ هذا الالتزام ، أى بالوفاء بالدين أن يتبع طريق أوامر الأداء ، أى يستصدر أمرا بأداء الدين ، ومثال هذا حالات مطالبة البائع للمشترى بثمن المبيع والمقرض للمقترض بمبلغ القرض والمضرور للمسئول بالتعويض المستحق له والمحال عليه بمبلغ الحوالة والمؤجر لمستأجر بالأجرة والمقاول والحرفى والطبيب وغيرهم بالأتعاب المستحقة لهم ، وكذا حالات المطالبة بمؤخر الصداق إذا كان مبلغا من النقود معين المقدار ،

ففى الحالات المذكورة ومثيلاتها يجب على الدائن أن يستصدر أمر أداء بالمبلغ المطلوب . (الدكتورة / أمينة النمر – المرجع السابق) ، ونرى أن عند التنفيذ الجبرى يقوم المبلغ الصادر به الأمر بسعر الصرف الرسمى ، ويجب اللجوء الى طريق أوامر الأداء حتى ولو كان المبلغ النقدى عملة أجنبية لأن المشرع لا يمنع عقد الاتفاقات بالعملة الأجنبية ، بل أن كثيرا من العقود والاتفاقات يتم فى ظل أحكام القانون رقم 43 لسنة 1974 بالعملة الأجنبية .

وطالما كان الأمر كذلك ، فإنه إذا كان الدين المطلوب هو دين نقدى بعملة أجنبية ، ففى هذه الحالة يطلب أمر الأداء ويصدر بالعملة الأجنبية .

وإذا لجأ الدائن بعد إصدار أمر الأداء المذكور الى التنفيذ الجبرى فإنه يوقع حجزا على العملات الأجنبية للمدين إما بطريق حجز المنقول إذا كان الحجز على العملة لدى المدين وإما بطريق حجز ما للمدين لدى الغير .

كما يجوز للدائن أن يحجز على الأموال الأخرى للمدين بطريق الحجز المناسب ، وفى هذه الحالة يقضى حقه من حصيلة بيع الأموال المحجوزة بالعملة المصرية بحسب السعر الرسمى للعملة الأجنبية الصادر بها أمر الأداء . (النمر – البغال) .

ويجب اللجوء الى أمر الأداء إذا كان الدين دينا نقديا أيا كان مصدر الحق :

إذا كان حق الدائن مبلغا من النقود فإنه يستصدر أمرا بأداء الدين أيا كان مصدر الالتزام بالدين ، أى سواء كان المبلغ المطلوب ناشئا عن العقد أو الإثراء بلا سبب أو العمل غير المشروع ، أو كان مصدره القانون كالتزام بالنفقة ، والتزام الواعد بمبلغ الجائزة متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون للاستحقاق بها .

وعلى ذلك يستصدر البائع أمر أداء بثمن الشئ المبيع ، والمؤجر بالأجرة سواء كان الشئ المؤجر عقارا أو منقولا ، وساء كان العقار أرضا زراعية أو مبان كما يستصدر المقرض أمرا بأداء مبلغ القرض ، والمجنى عليه بمبلغ التعويض المستحق من المسئول عن الضرر ، والزوجة بالمهر المستحق لها وورثة الزوجة بمؤخر الصداق . (انظر أمينة النمر – المستشار سيد البغال) .

ولا يجوز اللجوء الى استصدار أمر الأداء إذا كان هناك إقرار من المشترى فى عقد البيع بالتزامه بسداد المبلغ المطالب به إلا بعد وأن يكون تعويضا اتفاقيا عن الاخلال بالالتزام الوارد بهذا الاقرار لانتفاء شروط استصدار أمر الأداء وقد أخذت محكمة النقض برأينا هذا فى إحدى القضايا التى مثلنا بها أمامها فى الطعن رقم 2224 لسنة 60ق جلسة 1998/12/8 والذى جاء به " الإقرار الصادر من المطعون ضده – سند الدعوى – المتضمن التزاما بسداد المبلغ المطالب به لا يعدو أن يكون فى حقيقته تعويضا اتفاقيا عن الاخلال بالالتزام الوارد لهذا الاقرار فلا تتوافر للمطالبة به شروط استصدار أوامر الأداء ويضحى السبيل إليه هو الالتجاء الى الطريق العادى لرفع الدعوى ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه المؤيد بالاستئناف المطعون فيه هذا النظر وأيد الحكم الابتدائى فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه . (الطعن رقم 2224 لسنة 60ق جلسة 1998/12/8)

ولا يجوز الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض بأن الالتزام الوارد بالإقرار لا يعدو إلا أن يكون تعويضا وفى عبارة محكمة النقض " متى كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن – العامل – قد أفصح فى صحيفة الطلب المقدم منه لاستصدار أمر الأداء أن المبلغ المطالب به هو الباقى له من مكافأة خدمته لدى والد المطعون عليه تعهد المطعون عليه بسداده وقام فعلا بسداد مبلغ منه ،

وكان الطاعن لم يعدل عن هذا الدفاع أمام محكمة الاستئناف ، ولم يتمسك بأن اقرار المطعون عليه ينطوى على التزام بمقابل تعويض عن الفصل أبو باعتباره منحة أو مكافأة عن خدمات سابقة ، فإنه لا يقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول طلب مكافأة نهاية الخدمة لرفعه على غير ذى صفة لم يخالف القانون " (نقض 1973/3/1 طعن 382 لسنة 37ق مج 24 ع1 ص366)

ويجب أن يكون مبلغ النقود معين المقدار ويقصد بذلك ألا يكون بحسب الظاهر من الورقة الثابت فيها قابلا للمنازعة فيه وبأن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة حياله فى التقدير . (1963/4/18 – م نقض م – 14 – 554 – 1967/12/7 – م نقض م – 18 – 1843 – 71-1/3/16 – م نقض م – 22 – 305) ولذلك لا تجوز المطالبة عن طريق أمر الأداء بأحد مقررات الحساب الجارى لأن مبالغ الحساب الجارى لا تعتبر معينة المقدار قبل اقفال باب الحساب ، ولا يمنع من اعتبار المبلغ معين المقدار أن يكون ناتج عملية حسابية بسيطة كجمع عدة بنود محددة ، او كضرب أرقام معينة كالشأن فى المطالبة بأجرة عدة شهور استنادا الى عقد موقع من المستأجر المدين مبين به أجرة الشهر الواحد . (النمر بند 41 – مسلم ص656) .

المقصود بالمنقول المعين بنوعه ومقداره :

يقصد بالمنقول المعين بنوعه ومقداره المنقول المثلى والذى عرفته المادة 85 من القانون المدنى بأنه " الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن " .

ويلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 123 من التقنين المدنى تكتفى لوجود الالتزام أن يكون محله معينا بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، ولكن نص المادة 201 مرافعات تشترط أن تتضمن الورقة المثبتة للحق بيان نوع المنقول ومقداره فلا يكفى أن تتضمن العناصر التى تمكن من تعيين المقدار وإنما يتعين أن تتضمن تعيين المقدار مع مراعاة أن الحق يعتبر المقدار إذا كان حاصل عملية حسابية بسيطة حسبما أشرنا آنفا.

ومتى صدر الأمر بإلزام المدين بتسليم الدائن منقولا معينا بنوعه ومقداره فإن الأمر يكون سندا تنفيذيا لأفراد هذا الشئ عملا بالمادة 205 من التقنين المدنى (النمر بند 44) غير أن الدائن لا يستطيع بموجب أمر الأداء أن يحصل على شئ من النوع ذاته (النمر بند 44) ولكن قاض الأداء لا يملك الأمر بما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 205 مدنى من الإذن للدائن بالحصول على نفقة المدين على شئ من النوع ذاته أن يلزم المدين بأن يؤدى إليه قيمة الشئ إذا اقتصر النص على تخويله أمر المدين بأن يؤدى الى الدائن المنقول المعين بنوعه ومقداره

المقصود بالمنقولات المعينة بذاتها :

ويقصد بالمنقولات المعينة بذاتها المنقولات القيمية وهى التى لا تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء لانتفاء التماثل بينها وبين غيرها ، أو لتفاوت إحادها تفاوتا يعتد به والأصل أن طبيعة الشئ هى التى تحدد ما إذا كان مثليا أو قيميا ، غير أن إرادة الأفراد قد تسبغ على الشئ وصفه بحيث يكون المعول عليه فى وصفه بأنه مثلى أو قيمى هو جواز قيام شئ آخر من جنسه ونوعه مقامه عند الوفاء حسب قصد العاقدين أو عدم جواز ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الأول ص471 – الدكتور محمود جمال الدين زكى فى دروس فى مقدمة الدراسات القانونية طبعة 1969 بند 186 – حسن كيرة فى أصول القانون بند 388) ،

ويلاحظ أن مشروع القانون رقم 13 لسنة 1968 المقدم من الحكومة كان يتضمن تخويل قاضى الأداء اصدار أمر أداء بتسليم المنقول المعين بذاته ولكن هذا الحكم حذف فى اللجنة التشريعية بمجلس الأمة ، وكان من بين ما أثير سندا للاعتراض على الحكم أنه إذا صدر الأمر بتسليم المنقول المعين بذاته مشمولا بالنفاذ المعجل رغم تسليم المنقول نفاذا له ثم قضى فى التظلم أو استئنافه بإلغاء الأمر فإنه يتعذر اعادة الحال الى ما كانت عليه إذ قد يكون الدائن تصرف فى الشئ أو بدده . (النمر هامش بند 44) ، وهو اعتراض مردود عليه بأن لا يرجع الى طبيعة المنقول المعين بذاته وإنما يرجع الى شمول الأمر بالنفاذ المعجل ، ثم هو اعتراض يمكن تجنبه بما أتاحته الفقرة الثانية من المادة 204 من جواز قبل اصدار أمر مشمول بالنفاذ المعجل بتسليم منقول معين بذاته.

ويستوى مصدر الالتزام أو نوعه ن فمتى كان محل الالتزام مبلغا من النقود معين المقدار ، أو منقولا معينا بنوعه ومقداره أو منقولا معينا بذاته ، فيستوى بعد ذلك أن يكون مصدر الالتزام عقدا (كعقد الإيجار) وعملا ضارا (كتعويض) أو عملا نافعا (كإثراء بلا سبب) أو إرادة منفردة (كالوعد بجائزة) أو القانون (كالنفقة) متى توافرت فيه باقى الشروط الموضوعية

كما يستوى نوع الالتزام سواء كان مدنيا أو تجاريا أو من مسائل الأحوال الشخصية كمؤخر الصداق . (النمر – والى – عبد الحميد الوشاحى فى أوامر الأداء طبعة 1958 بند 19) .

حالة ما إذا تعددت التزامات المدين قبل الدائن كأن كان بعضها دين نقدى والآخر التزامات عينية :

إذا تعددت التزامات المدين فكان ملتزما بدفع مبلغ من النقود ، والقيام بأداء آخر ، سواء كان التزاما باعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، وأراد الدائن الحصول على حقوقه كلها أو بعضها ، ومن بينها الدين النقدى ، فلا يكون المطلوب كله مبلغا من النقود ، وفى هذه الحالة لمعرفة الطريق الذى يسلكه الدائن للمطالبة بحقوقه بفرق بين الصور الآتية :

إذا تعددت التزامات المدين دون أن يكون بينها ارتباط ، وكان أحدها دينا نقديا ، كما لو طالب المؤجر المستأجر بالأجرة المتأخرة وبتسليم سيارة معينة اشتراها منه ، فإن الدائن يلجأ الى طريق أمر الأداء بالنسبة للدين النقدى ويرفع دعوى بالنسبة للحق الآخر ، والسبب فى هذا أن الدين الذى يكون فى هذه الحالة دينا مستقلا قائما بذاته فتتحقق العلة فى الالتجاء الى طريق أوامر الأداء بالنسبة له ، وهذا هو ما يستفاد من المذكرة الايضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1962 إذ منعت الالتجاء الى طريق أوامر الأداء إذا كان بعض ما يطالب به الدائن مما لا تتوافر فيه الشروط التى يستلزمها القانون (ولو لم يكن بين طلباته رباط لا يقبل التجزئة) مما يفهم معه أن طريق أمر الأداء لا يمتنع إلا إذا وجد ارتباط بين الطلبات ولو لم يبلغ مبلغ التجزئة .

إذا كانت التزامات المدين مرتبطة ببعضها برباط بسيط يقبل التجزئة فإن الدائن لا يمكن أن يجزئ المطالبة فيقتضى دين النقود فحسب بطريق أمر الأداء ويقتضى الحق الآخر بطريق الدعوى ، بل عليه أن يلجأ الى طريق الدعوى بالنسبة لكل المطلوب بما فيه الدين النقدى لاحتمال المنازعة فى وجوب الأداء .

إذا كانت التزامات المدين مرتبطة برباط لا يقبل التجزئة ، لا يجوز للدائن أن يلجأ الى طريق أوامر الأداء بالنسبة الى الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، والالتجاء الى طريق الدعوى بالنسبة لغيره من الالتزامات ، والقول بغير هذا يؤدى الى كثرة القضايا وتعددها ، وهو ما يريد المشرع تفاديه . (انظر الدكتورة أمينة النمر وانظر أبو الوفا حيث يرى أنه يتعين عند تعدد الطلبات سلوك سبيل الدعوى منعا لتعدد وتعقد الاجراءات)

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 1916 لسنة 54ق جلسة 1989/5/14 والذى جاء فيه " النص فى المادة 204 من قانون المرافعات الواردة فى الباب الخامس بأوامر الأداء على أنه " إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب الى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن اصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها " ، يدل على أن المشرع أوجب على القاضى متى رأى عدم توافر شروط اصدار الأمر بالأداء فى الدين موضوع المطالبة ، أو رأى ألا يجيب الطالب لبعض طلباته أن يمتنع عن اصداره ، ويحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة

حالة ما إذا كان الالتزام بدليا :

تنص المادة 278 من القانون المدنى على أن :

يكون الالتزام – بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ مة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

والشئ الذى يشمله محل الالتزام لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته .

والالتزام البدلى يفترق عن الالتزام التخييرى فى أن محل الأول ينحصر فى أن الالزام بأمر واحد يعين ابتداء مع تخويل المدين حق الوفاء ببديل عنه فتبرأ ذمته بذلك وقد يكون مصدر الالتزام البدلى عقدا من العقود أو نصا من نصوص القانون . (الأعمال التحضيرية للقانون المدنى)

ويقصد بالالتزام البدلى أن يكون هناك محل واحد هو الالتزام البدلى وحل محل هذا الالتزام الأصلى شئ آخر يسمى البديل ومثال ذلك أن يقرض الدائن المدين مبلغا من النقود ويتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الأجل إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض أن يعطيه بدلا منه دارا أو أرضا معينة فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلى والدار أو الأرض هى البديل وما العربون فى البيع إلا بدل يأخذه البائع أو المشترى إذا اتفقا على أن يكون العربون وسيلة للرجوع فى البيع .

وفى الالتزام البدلى يكون الخيار دائما للمدين ، أما الدائن فليس له إلا المطالبة بالمحل الأصلى ولا يستطيع أن يطالب بالبدل عوضا عن المحل الأصلى وإلا كان الالتزام تخييريا والالتزام البدلى وكما سلف مصدره العقد أو القانون (م 1/469 ، 845) أو القضاء كاستبدال التعويض بالتنفيذ العينى إذا كان مرهقا للمدين (2/203) ، ولا بتحديد محل الوفاء إلا عند الدفع فلا عبرة بما يعلنه المدين بصدد تحديد المحل ، إذ يجوز له العدول حتى يتم الدفع الفعلى . (السنهورى – أنور طلبة فى التعليق على القانون المدنى)

وعلى ذلك فإن الالتزام يكون بدليا عملا بنص المادة 278 من القانون المدنى إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرئ ذمته بوفاء شئ بديل عن المحل الأصلى فهو وحده – لا الدائن – الذى يختار محل الوفاء إذ هو بقى بالمحل الاصلى أن لم يختر الشئ البديل

أما الدائن فليس له أن يطالب إلا بالمحل الاصلى ومتى أدى له برئت ذمة المدين ولا يستطيع الدائن ان يطالب بالبدل عوضا عن المحل الاصلى . (السنهورى - المرجع السابق) .

حالة ما إذا كان الالتزام تخييريا :

تنص المادة 275 من القانون المدنى على أن يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على ذلك .

وسمة الالتزام الذى يلحق به وصف التمييز أن محله لا ينحصر فى الالزام بأمر واحد أو بأمور متعددة يتعين أداؤها فى جملتها بل يشمل أمورا متعددة يجتزأ بالوفاء بواحد منها فحسب ويكون الخيار للمدين ما لم يوكل أمر الى الدائن بمقتضى اتفاق خاص أو نص فى القانون ن ذلك أن الالتزام التخييرى قد يكون مصدره التعاقد أو القانون .

ومن ثم يجب أن يكون محل الالتزام متعددا فيصح أن يلتزم البائع للمشترى أن يبيع منه الدار أو الأرض ويصح أن يلتزم الشريك بتقديم حصته فى الشركة مبلغا من النقود أو أرضا أو سيارة أو أسهما أو سندات أو غير ذلك .

وعلى ذلك فإن محل الالتزام قد يكون شيئين وقد يكون أكثر من شيئين كذلك يصح أن يكون شيئا غير معين بالذات كالنقود أو عينا معينة عقارا أو منقولا .

ويصح أن يجمع التعدد هذه كلها فيكون محل الالتزام نقودا أو عقارا أو منقولا بل يصح أن يكون محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ويصح أن يجتمع كل هؤلاء وأى أداء يصلح أن يكون محل للالتزام يمكن - إذا اقترنت به أداءات أخرى من نوعه أو من غير نوعه - أن يكون محل للالتزام التخييرى والمهم هو أن يتعدد هذا المحل فلا يقتصر على أداء واحد ، وحتى يكون الالتزام تخييريا .

يجب أن يكون محل الالتزام متعددا مبلغا أو أرضا أو سيارة أو عملا أو امتناعا عن عمل

أن يتوافر فى كل أداء الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام فيكون موجود إذا كان شيئا أو ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا وصالحا للتعامل ومالا متقدما مشروعا فى التعامل ، والعبرة فى ذلك بوقت نشوء الالتزام .

أن يكون محل واحد هو الواجب الأداء وبعد اختيار المحل ينقلب الالتزام التخييرى التزاما بسيطا والاصل أن يكون الخيار للمدين إلا إذا كان هناك نص فى القانون (م 2/273 ، 1/274) .

ويجوز الاتفاق على أن يكون الدائن أو أجنبى عن الطرفين هو الذى له حق الخيار ، ومن ثم فإنه إذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين لأن هذا الخيار قلما يكون للدائن عادة ، وخيار التعيين ينتقل الى الوارث تحقيقا لمقتضى العقد وتعيين المعقود عليه . (أنور طلبة – أنور العمروسى)

وبالنسبة لاستصدار أمر الأداء فى الالتزام التخييرى فإنه إذا كان الخيار للدائن واختار الوفاء بمبلغ من النقود أو بمنقول معين بنوعه فإن عليه أن يقتضيه بطريق استصدار أمر الأداء . أما إذا لم يكن الخيار للدائن فلا سبيل لاقتضاء دينه إلا برفع دعوى ولا يهم بعد ذلك نوع الدين هل هو دين مدنى أو تجارى ولا يهم مصدره أن كان عقد بيع أو ايجار أو كان مصدرا آخر فلا أهمية لنوع الالتزام ولا لمصدره وإنما يهم أن يكون محله مبلغا من النقود أو قدرا من المثليات . (رمزى سيف)

ويدق الأمر إذا كان الالتزام التخييرى يشمل محلة أداء مبلغ من النقود أو تسليم منقول معين بنوعه ومقدار . فهل يجوز للدائن سلوك طريق أمر الأداء للمطالبة بحقه باعتباره طريق اجبارى أم لا ؟

على الرغم من أن محل الالتزام فى هذه الحالة هو أداء شئ يوجب القانون استصدار أمر أداء به ، إلا أن الالتجاء الى هذا الطريق يكون منوطا بصاحب الحق فى الاختيار فإن كان هو الدائن فإنه يلتزم بالالتجاء الى طريق أوامر الأداء للمطالبة بالشئ الذى اختاره ويكون التجاؤه لهذا الطريق بمثابة استعمال للخيار المقرر له ، أما إذا كان الخيار للمدين فلا يجوز للدائن أن يستصدر أمر أداء بالمبلغ أو بالمنقول قبل قيام المدين بالاختيار أو اعمال المادة 276 مدنى لأن الأمر الأداء يصدر دون ابداء رغبته أو سماع اقواله والقانون يوجب قيام المدين بنفسه بالاختيار أو حلول القاضى محله فى ذلك .

أما إذا كان المدين قد حدد الشئ الذى يكون الوفاء به فإن الدائن يستصدر أمر أداء به أيا كان هذا الشئ نقودا أو منقولا . (الدكتورة أمينة النمر)

شرط الدين النقدى يعد شرطا موضوعيا لا شرطا شكليا :

يعتبر شرط الدائن النقدى شرطا موضوعيا ، يتعين توافره فى الحق الذى يتطلب استصدار أمر الأداء اقتضاء له ، وليس مجرد شرط شكلى يلزم لصحة الاجراءات المقررة للالتجاء الى نظام أوامر الأداء .

وتظهر أهمية تحديد واعتبار ما إذا كان هذا الشرط هو شرط موضوعى أم شرط شكلى فى أن سلطة القاضى الذى ينظر الأمر تتحدد وفقا وفقا لاكتمال الشروط الشكلية أو عدم اكتمالها بصورة معينة ، وتتحدد وفقا لاكتمال الشروط الموضوعية أو عدم اكتمالها بصورة اخرى ، ذلك أنه فى حالة عدم استكمال الشروط الشكلية ،

فإنه يرفض اصدار الأمر دون أن يحدد جلسة لنظر الموضوع ، أما إذا اكتملت الشروط الشكلية ولم تستكمل أو تتوافر الشروط الموضوعية فإنه يرفض اصدار الأمر ، ولكنه يحدد جلسة لنظر الموضوع . (المستشار السيد البغال – المرجع السابق) .

الشرط الثانى : أن يكون الالتزام حال الأداء :

ويكون الالتزام حال الأداء إذا كان غير مضاف الى أجل وهو الأمر المستقبل المحقق كالوقوع ، أو معلق على شرط وهو الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع ، أو إذا كان مضافا الى أجل واقف أو معلقا على شرط واقف وحل الأجل أو تحقق الشرط ، أو إذا كان مضافا الى أجل فاسخ أو معلقا على شرط فاسخ ولم يحل الأجل ولو يتحقق الشرط إذ يكون الالتزام موجودا ونافذا وأن كان على خطر الزوال . أما إذا كان مضافا الى أجل واقف أو معلقا على شرط واقف ولم يحل الأجل أو يتحقق الشرط فإنه لا يعتبر حال الأداء ، وكذلك الحال إذا كان مضافا الى أجل فاسخ أو معلقا على شرط فاسخ وحل الأجل أو تحقق الشرط ، وتجدر الاشارة الى ان الاصل فى الالتزام أن يكون حال الأداء فإذا خلا السند المثبت له من أجل إضافة الى أجل أو تعليقه على شرط كان الالتزام حال الأداء فإذا لم يتعرض عقد بيع المنقول لالتزام البائع بتسليمه ، فإن ذلك يعنى انصراف ارادة المتعاقدين الى اعمال القاعدة القانونية المكملة المنصوص عليها فى المادة 435 من التقنين المدنى والتى تلزم البائع بتسليم المبيع الى المشترى ، وأن لم يحدد الطرفان أجلا أو يشترطان شرطا لتنفيذ ها الالتزام فإنه يكون حال الأداء فور إبرام العقد ولو كان الثمن مؤجلا أو مقسطا ، وكذلك إذا نص العقد على التزام المشترى بثمن معين ولم يحدد له أجلا أو حدد أجلا حل بالفعل كان ملزما بأداء الثمن واستطاع البائع سلوك سبيل أمر الأداء لاقتضائه ولو كان الأجل المحدد لالتزام البائع بتسليم المبيع لم يحل بعد.

ولا يجوز القول فى هذين المثلين بأن البائع لا يستطيع مطالبة المشترى بالثمن إلا إذا كان قد سلم المبيع ، أو أن المشترى لا يستطيع مطالبة البائع بالتسليم إلا إذا كان قد أوفى بالثمن . (النمر بند 53) إذ أنه لا سند لتخلف المدين عن أداء التزامه حال الأداء سوى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليه فى المادة 161 مدنى أو بالحق فى الحبس المنصوص عليه فى المادة 246 مدنى وهما يشترطا للتمسك بهما أن يكون الالتزام المقابل أى الالتزام الذى يحبس المدين التزامه الى حين الوفاء له له ، التزاما قد حل أجله فى تاريخ سابق أو معاصر للالتزام الذى يمتنع المدين عن الوفاء به أما إذا كان الالتزام المقابل مضافا الى أجل لاحق لتاريخ حلول التزام المدين ، أو كان معلقا على شرط لم يتحقق فإن المدين لا يستطيع الاعتصام بالحق فى الحبس . (كمال عبد العزيز – المدنى م14 ، 161) .

وبشئ من التفصيل سوف نلقى الضوء على الشرط الواقف والفاسخ على النحو التالى:

الحق المعلق على شرط واقف :

نصت المادة 268 من القانون المدنى على أنه " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط " .

أما قبل تحقيق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا التنفيذ الاختيارى على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه .

والحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكن وجود . ناقص لم يتكامل ولا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط ، ومن ثم يفقد هذا الحق الناقص فى مرحلة التعليق مزايا الحق الكامل . (السنهورى)

والشرط الموقف يظل معدوما على خطر الوجود ما بقى التعليق بيد أنه لا يكون مجرد أمل للدائن بل يكون حقا محتمل الوجود قانونا .

ويترتب على اعتبار الالتزام المعلق غير مؤكد الوجود ما يأتى :

لا يجوز للدائن أن يباشر بمقتضاه أى إجراء من إجراءات التنفيذ ولا يجوز كذلك أن يؤسس عليه دعوى بوليصية باعتبار هذه الدعوى من مقدمات التنفيذ . ب) ولا يعتبر وفاء الدين به اختيارا بوفاء بما هو مستحق بل يعتبر أنه أدى غير المستحق ويكون له أن يسترد ما أدى ، تفريعا على ذلك . ج) ألا يبدأ سريان التقادم بالنسبة له لأنه لما يصبح مستحق الأداء

ويتحقق الشرط وما يترتب عليه من تأكد وجوب الالتزام وصيرورته مستحق الأداء يستتبعان ترتيب نقيض الأحكام التى تقدمت الإشارة إليها . من هذا الوقت يجوز أن يباشر إجراءات التنفيذ (بما فى ذلك رفع الدعوى البوليصية) ويمتنع استرداد ما أدى على سبيل الوفاء ويبدأ سريان التقادم .

ومن ثم الحق المعلق على شرط واقف لا يكون نافذ فى فترة التعليق ، ومن ثم فإنه لا يكون قابلا للتنفيذ الجبرى ، وعلى ذلك فإنه لا يجوز أن يكون محلا لاستصدار أمر بالأداء لكون الدين غير حال ، أما بعد تحقق الشرط فإنه يخضع للقواعد العامة .

الحق المعلق على شرط فاسخ :

تنص المادة 269 من القانون المدنى على أنه :

يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض .

على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط ، ومفاد ذلك أنه يثبت للدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ حق ناجز أو مؤكد ولكنه قابل للزوال على اعتبار هذا الحق ناجزا أو مؤكدا لا محتملا .

أ- أن للدائن أن يباشر بمقتضاه اجراءات التنفيذ من فوزه . ب- وأن يقوم بما يرى من أعمال التصرف والإدارة . جـ - وأن يظهر العين من الرهن وأن يشفع بها . د- كما أن التقادم يسرى بالنسبة له على نقيض ما يقع فى الشرط الواقف .

وتخلف الشرط الفاسخ يستتبع استقرار حق الدائن نهائيا ويكون من أثر ذلك تأييد ما صدر عنه من التصرفات تأسيسا على هذا الحق .

ومن ثم فإن الدائن تحت شرط فاسخ أى من له حق شخصى معلق على هذا الشرط فإن حقه يكون حالا واجب الأداء ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ الجبرى ، ومن ثم يصح أن يكون الدين المعلق على شرط فاسخ محلا لاستصدار أمر الأداء لأن حق الدائن فى هذه الحالة هو حق ناجز أو مؤكد للدائن مباشرة إجراءات التنفيذ به وفقا للقواعد العامة . (السنهورى - المرجع السابق)

الحق لأجل واقف :

تنص المادة 271 من القانون المدنى على أنه :

يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع.

ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه.

والأجل أمر مستقبل محقق الوقوع وعنى عن البيان أن تحقق الوقوع هو الفارق الجوهرى بين الشرط والأجل وأن هذا الفارق هو علة عدم استثناء أثر الثانى دون الأول وليس يستلزم اعتبار الأجل أمرا محققا وجوب التيقن من الوقت الذى يقع فيه ، فمشخصات الأجل تتوافر فى الموت رغم انتفاء التيقن من حينه لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه.

وينطوى تعريف الأجل على عناصر التفرقة بين الموقف وهو ما يتوقف عليه نفذا الالتزام والأجل الفاسخ وهو ما يضاف إليه زواله.

والإضافة الى الأجل وصف من الأوصاف التى تلحق الالتزام لا العقد . أى أن الأجل الواقف يكون عملا بنص الفقرة الأولى من المادة 271 مدنى إذا كان نفاذ الالتزام مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع ، وعلى ذلك فإنه إذا كان نفاذ الالتزام هو المترتب على الأجل كان واقفا إذ هو يقف الالتزام عن أن ينفذ وعن أن يصبح مستحق الأداء الى حين انقضاء الأجل.

ومن ثم فإنه إذا تعهد المشترى بدفع الثمن على أقساط كان التزامه مقترنا بآجال واقفة متعاقبة وكذلك إذا تعهد المقاول أن يسلم ما تعهد بعمله الى رب العمل فى وقت معين كان التزامه هذا مقترنا بأجل واقف ، وفى مثل هذه الحالات فإن الحق لا يكون مستحق الأداء وأن كان موجودا ولا يجبر المدين على الوفاء به لأنه لا يكون حقا نافذا ولا يستطيع الدائن أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها قبل حلول الأجل ، ومن ثم فإن مثل هذا الدين لا يجوز أن يكون محلا لاستصدار أمر الأداء ، إلا إذا انقضى الأجل الواقف فإنه فى هذه الحالة يكون الحق نافذا تطبيقا لنص المادة 1/274 والتى تنص على أنه " إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فإنه لا يكون نافذا إلا فى الوقت الذى يقضى فيه الأجل " (انظر فيما سبق السنهورى – أمينة النمر).

الحق لأجل فاسخ :

تنص المادة 1/274 من القانون المدنى على أنه " يترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى " .

الدائن بأجل فاسخ له حق حال واجب الأداء ويستطيع أن يتقاضاه من المدين طوعا أو كرها أى بطريق التنفيذ الاختيارى أو بطريق التنفيذ القهرى وله أن يرفع حجز ما للمدين لدى الغير والحجوز التحفظية الأخرى وأن يشمل الدعوى البوليصية وأن يحس ما تحت يده للمدين حتى يستوفى حق ولما كان هذا الحق واجب الأداء فإن التقادم المسقط يسرى ضده منذ نشوئه وهذا هو المعنى الجوهرى للأجل الفاسخ ، فالحق المقترن به حق مؤقت بطبيعته وينتهى حتما بانتهاء الأجل ويترتب على ذلك أن جميع تصرفات صاحب الحق المقترن بأجل فاسخ تكون مقيدة بحدود هذا الحق فهى مؤقتة مثله إذ لا يستطيع الشخص أن ينقل الى غيره أكثر مما له . (السنهورى)

وعلى ذلك يكون محلا للالتزام لاستصدار أمر الأداء به لأن الحق فى هذه الحالة يكون حالا يوجب الأداء أى أنه موجودا أو نافذا . (انظر المستشار أنور العمروسى فى التعليق على القانون المدنى والمستشار أنور طلبة فى التعليق على نصوص القانون المدنى – والسنهورى – والمستشار شنا) .

للدائن استصدار أمر أداء بالقسط الذى تخلف المدين عن أدائه :

إذا نص العقد على أن تحل باقى الأقساط إذا تأخر المدين فى سداد قسط منها فإن الدائن يستطيع استصدار أمر أداء القسط الذى تخلف المدين عن أدائه وباقى الأقساط التى استحقت بسبب عدم الوفاء به . (النمر بند 55)

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 3246 لسنة 59ق بذلك والذى جاء فيه " إذا كان البين من الإقرار المؤرخ 1980/9/15 موضوع النزاع أنه تضمن إقرار الطاعن بأن المطعون ضده طرفه مبلغ ألف جنيه التزم بتحرير عدد خمسة شيكات به يكون موعدها تاليا للشيكات الموجودة طرف الدائن – المطعون ضده – على أن يتم تسلميها خلال خمسة أيام من تحرير الإقرار وهو مؤداه أن هذه الورقة وإن تضمنت إقرار الطاعن بالدين إلا أنها حددت سبيل الوفاء به بشيكات خلت من بيان تاريخ استحقاقها ، فإن هذه الورقة لا تتوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء ، ومن ثم فإن المطالبة بهذا الدين لا تكون إلا بطريق الدعوى العادية " (1994/1/20 طعن 3246 سنة 59ق)

الشرط الثالث : يجب أن يكون الدين ثابتا بالكتابة :

يقصد بأن يكون الدين ثابتا بالكتابة أن يكون ثابتا فى ورقة تحمل توقيع المدين وأن يبين من هذه الورقة أو من أوراق أخرى موقعة كذلك من المدين أن الدين محله مبلغ من النقود معين المقدار أو منقول معين بذاته أو بنوعه.

يشترط لاستصدار أمر بالأداء أن يكون الدين ثابتا بالكتابة حتى يكون محقق الوجود فالدين الثابت بالكتابة قل أن يكون محل نزاع جدى فضلا عن أن الدين غير الثابت بالكتابة يحتاج الأمر فيه الى إجراء تحقيق ، والتحقيق يقتضى تكليف الخصوم الحضور أمام القاضى مما يقتضى اتخاذ الإجراءات المعتادة للدعوى ، ويقتضى هذا الشرط أن يكون الدين ثابتا فى ورقة موقع عليها من المدين فلا يكفى أن يكون بيد الدائن مبدأ ثبوت بالكتابة كورقة محررة بخط المدين غير موقع عليها منه . كذلك لا يكفى أن يكون سند الدائن محضر تحقيق شهد بعض الشهود بأن المدين ملزم بالدين المطالب به . (سيف – المرجع السابق) ، ومن ثم فإنه يجب أن يكون الدين ثابتا بالكتابة سواء فى ذلك أكان ثابتا فى محرر عرفى أو رسمى أو غير ذلك من الأوراق إنما يشترط لاعتبار الدين ثابتا بالكتابة أن يكون المدين موقعا على ورقة متضمنة للمديونية سواء بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه.

وشرط الثبوت بالكتابة يجب ولو كان محل التزام لا يتجاوز عشرين جنيها منا يمكن إثباته وفقا للقواعد العامة بالبينة ، وذلك أن الكتابة هى التى افترض معها المشرع عدم الحاجة الى تحقيق كامل فإذا لم يتوافر توقيع المدين على الورقة فإنها لا تصلح أساسا لاستصدار أمر أداء ولو كانت تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة . (فتحى والى – عبد الباسط جميعى).

ويجوز أن تكون الورقة العرفية الثابت بها الحق بأية لغة غير اللغة العربية كما أنه لا يشترط فيها خط معين كالرقعة أو النسخ أو مكتوبة على الكمبيوتر أو اليد أو الآلة الكاتبة أو مصورة أو مطبوعة أو أية طريقة أخرى كما أنه لا يشترط أن تكون مكتوبة بالقلم الجاف أو الرصاص إلا أنه يشترط أن يكون التوقيع مزيل بالورقة أيا كانت.

ويجب أن تكون العريضة باللغة العربية كما لا يشترط فى الإمضاء أو الختم أن يكون بوضع الاسم الثابت فى شهادة الميلاد – بل يكفى أن يوقع صاحب الشأن الذى اعتاد أن يوقع به . (أمينة النمر)

ولا يجوز سلوك سبيل أمر الأداء إذا كانت الورقة الموقعة من المدين اقتصرت على تعهده بأداء نصف ما يحكم به للغير إذ اعتبرت الورقة خالية مما يفيد شرط تعيين مقدار مبلغ النقود الذى التزم به . (1967/12/7 – م نقض م – 18 – 1843) .

ولا يجوز التوسع فى استصدار أمر الأداء لأنه استثناء من القواعد العامة فإذا تخلف أى شرط من شروط استصداره وجب على الدائن سلوك الطريق العادى لرفع الدعاوى.

وبهذا قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 3246 لسنة 59ق والذى جاء فيه " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النص فى المادة 201 من قانون المرافعات – يدل على أنه يشترط لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغا من النقود ثابتا بالكتابة ومعين المقدار وحال الأداء ومقتضى ذلك أن يكون ثابتا بورقة عليها توقيع المدين وأن تكون مفصحة بذاتها عن وجوب أداء مبلغ النقود الثابت بها دون غيره فى ميعاد استحقاقه ، فإذا تخلفت هذه الشروط فإن سبيل الدائن فى المطالبة بالدين يكون بالطريق العادى لرفع الدعاوى ولا يجوز فى هذه الحالة أن يلجأ الى طريق استصدار أمر الأداء لأنه استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى لا يجوز التوسع فيه " (1994/1/20 طعن 3246 لسنة 59ق)

وكذلك قضت فى الطعن رقم 867 لسنة 45ق والذى جاء فيه " المستفاد من نص المادة 201 مرافعات أن طريق أوامر الأداء هو استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ابتداء لا يجوز التوسع فيه ، ولا يجوز سلوكه إلا إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه ومقداره ، والمقصود بكونه معين المقدار ألا يكون الحق الظاهر من عبارات الورقة قابلا للمنازعة فيه ن وإذ كان الثابت أن الحق موضوع المطالبة هو باقى ثمن أشياء رسى على الطاعن مزادها ونكل عن تنفيذ التزامه باستلامها فإن هذا الحق لا تتوافر فيه الشروط المتقدمة التى يجب معها استصدار أمر بأدائه إذ هو غير ثابت بمقداره فى سند كتابى يحمل توقيع الطاعن فضلا على أنه مثار نزاع منذ البداية حول استحقاقه ومقداره ، ومن ثم فلا تكون المطالبة به إلا بطريق الدعوى العادية "

وكذلك قضت بأن " تشترط المادة 851 من قانون المرافعات السابق لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغا من النقود ثابتا بالكتابة ، ومعين المقدار وحال الأداء ، ومقتضى ذلك أن يكون الدين ثابتا بورقة عليها توقيع المدين ، ويبين منها أو من أوراق أخرى موقع عليها منه أن هذا الدين حال الإدلاء ومعين المقدار ، فإن لم يكن الدين معين المقدار فى ورقة من هذا القبيل

فإن سبيل الدائن الى المطالبة به يكون هو الطريق العادى لرفع الدعوى ، ولا يجوز له فى هذه الحالة أن يلجأ الى طريق استصدار أمر الأداء ، لأنه استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى لا يجوز التوسع فيه " (نقض 1972/5/23 طعن 393 لسنة 37ق) .

وقضت بأن " مقتضى المادة 1/201 مرافعات أنه يشترط لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين ثابتا بورقة عليه توقيع المدين ويبين منها أو من أوراق أخرى موقع عليها منه أن الدين حال الأداء معين المقدار ، كما أنه لا يكون طريقا إلزاميا إلا عند المطالبة بالحق ابتداء ، ولما كانت فروق الأجرة التى طالب بها المطعون عليه لم تثبت فى ورقة تحمل توقيع الطاعن ولم يتعين مقدارها أو تصبح حالة الأداء إلا عند صدور الحكم على ضوء تقرير أهل الخبرة بتخفيض أجرة سنة النزاع – وكان البين من الأوراق أن مطلوب المطعون عليه بمدعاه لم يكون قاصرا على المطالبة بالفروق بل صاحب تحديد الأجرة فإن استلزام اتباع طريق استصدار الأمر بالأداء بالنسبة للفروق يقوم على غير سند قانونى " (نقض 1977/4/6 طعن 555 لسنة 43ق) .

وكذلك قضت بأن " تشترط المادة 201 من قانون المرافعات لسلوك طريق أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغا معينا من النقود ثابتا بالكتابة معين المقدار وحال الأداء أو منقولا معينا بنوعه ومقداره ومقتضى ذلك أن هذا الطريق لا يتبع إلا إذا كان كل مطلوب الدائن هو دين تتوافر فيه شروط استصدار الأمر بما مقتضاه أنه إذا كان الدين غير ثابت بورقة موقع عليها من المدين أو إذا كان بعض ما يطالب به الدائن مما لا تتوافر فيه هذه الشروط فإن سبيله فى المطالبة يكون هو الطريق العادى لرفع الدعاوى ولا يجوز له فى هذه الأحوال أن يلجأ الى طريق استصدار أمر الأداء لأنه استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ولا يجوز التوسع فيه " (نقض 1984/2/28 طعن 493 لسنة 49ق) .

وقضت أيضا بأن " التوقيع بالامضاء على المحرر ممن صدر منه لا ينفى توقيعه عليه ببصمة الأصبع أيضا إذ قد يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة الى الإمضاء تلبية لطلب الطرف الآخر الذى يقصد التحفظ من المطعون التى قد توجه فى المستقبل الى صحة الإمضاء . (نقض 1963/10/31 طعن 151 لسنة 38ق) .

طبيعة شرط إثبات الحق بالكتابة :

يثور التساؤل عن طبيعة شرط الكتابة اللازم لاستصدار أوامر الأداء وهل يعتبر شرطا موضوعيا أو شرطا شكليا ، ولتحديد هذه الطبيعة أهمية كبيرة لما يترتب من نتائج تتمثل فى سلطة القاضى المعروض عليه طلب إصدار أمر الأداء ، وسلطة محكمة التظلم والمحكمة الاستئنافية فى حالة الغاء الأمر بالأداء .

وترى الدكتورة أمينة النمر التفرقة فيما يتعلق بشرط الاثبات بالكتابة بين أمرين :

الأول : شرط الكتابة فيما يتعلق بإثبات الشروط اللازم توافرها فى الحق موضوع الأداء مثل إثبات مقدار النقود ونوع المنقول ومقداره واستحقاق الحق المطلوب وقت المطالبة به او حلول الأجل الواقف أو تحقيق الشرط الواقف أو قيام الدائن بأداء الالتزام المقابل لحقه المطلوب أو استحقاق الأقساط المؤجلة بعدم الوفاء بالقسط الذى حل أجله .. الخ فشروط الكتابة فى هذا الشأن هو شرط موضوعى لإصدار أمر الأداء يتعلق بالحق موضوع الأداء ويستوجب أو يجيز الالتجاء الى طريق أوامر الأداء وتفريعا على هذا ، إذا لم تثبت الكتابة الشروط المتقدمة فلا يتبع طريق أوامر الأداء ، وتطبيقا لهذا إذ قدم الدائن عريضة الأداء ولم يتوافر الكتابة فى شأن ما تقدم من الشروط

فإن القاضى يرفض اصدار أمر الأداء ويحدد جلسة أمام المحكمة لنظر المطالبة بطريق الدعوى ، وإذا أصدر القاضى الأمر فى المثال المتقدم فإنه يكون باطلا ، فإذا ألغت محكمة التظلم الأمر المذكور فإنها تفصل فى موضوع المطالبة باعتبار أن الأمر قد صدر رغم عدم توافر الشروط الموضوعية اللازمة لإصداره .

الثانى : شرط الكتابة فيما يتعلق بتوقيع المدين على الورقة ، وهذا الشرط فضلا عن كونه شرطا موضوعيا فهو شرط شكلى ومسألة تتعلق بالإجراءات وصحة العمل القانونى وسبب هذا أن حجة الورقة العرفية تستمد من التوقيع عليها وليس من الكتابة فانتفاء التوقيع على الورقة إذن يؤدى الى عدم توافر الدليل الكتابى والحق لا يكون ثابتا بالكتابة إلا بوجود توقيع المدين .

وتفريعا على هذا إذا قدم الدائن سند الدين غير موقع عليه من المدين لا يصدر القاضى أمر الأداء ويرفض ويحدد جلسة لنظر النزاع كما هو الشأن فى حالة عدم توافر كل من الشروط الموضوعية والشكلية كما سنرى .

فإذا أصدر القاضى أمر الأداء فى هذه الحالة فإن الأمر يكون باطلا وإذا ألغته محكمة التظلم فإنها تفصل فى الموضوع باعتبار أن بطلان الأمر كان لتخلف شرط موضوعى وشكلى هو شرط الإثبات بالكتابة . (راجع فيما سبق الدكتورة أمينة النمر والمستشار البغال)

إذا كانت المادة 201 من قانون المرافعات تشترط لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغا من النقود ثابتا بالكتابة ومعين المقدار ومقتضى ذلك أن يكون الدين ثابتا بورقة عليها توقيع المدين فإن تخلفت هذه الشروط كان سبيل الدائن الى المطالبة به هو الطريق العادى لرفع الدعاوى

ولما كان نظام أوامر الأداء هو طريق استثنائى لا يجوز التوسع فيه وكان الحكم سند المطعون عليها فى الدعوى لا يغنى عما يستلزمه القانون من وجود ورقة موقع عليها من المدين فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون لعدم سلوك المطعون عليها طريق استصدار أمر الأداء يكون فى عير محله (نقض مدنى جلسة 1978/2/23 الطعن رقم 263 لسنة 45ق) .

المطالبة بفروق الأجرة :

لما كانت فروق الأجرة التى طالب بها المطعون عليه لم تثبت فى ورقة تحمل توقيع الطاعن ولم يتعين مقدارها أو تصبح حالة الأداء إلا عند صدور الحكم على ضوء تقرير أهل الخبرة بتخفيض أجرة شقة النزاع وكان البين من الأوراق أن مطلوب المطعون عليه بمدعاة لم يكن قاصرا على المطالبة بالفروق بل صاحب تحديد الأجرة فإن استلزام اتباع طريق استصدار المر بالنسبة للفروق يقيم على غير سند قانونى . (نقض مدنى جلسة 1977/4/6 الطعن رقم 555 لسنة 43ق) .

يجوز التمسك بالدفع بعدم قبول استصدار أمر الأداء ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام :

طريق أمر الأداء طريق استثنائى كما سبق القول فلا يجوز اللجوء إليه إلا إذا توافر فى الدين المطالب به الشروط السالفة ، فإذا لجأ الدائن الى سبيل أمر الأداء فى غير حالاته كانت دعواه غير مقبولة وجاز التمسك بالدفع بعدم القبول فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض بل جاز لمحكمة النقض أن تثيره من تلقاء نفسها لأنه دفع يتعلق بإجراءات التقاضى لمخالفة الطريق الذى رسمته المادة 63

وهو ما يتعلق بالنظام العام وطريق أمر الأداء إذا توافرت شروطه طريق إلزامى يتعين على الدائن اتباعه فإن لجأ الى اجراءات التقاضى العادية كانت هذه الاجراءات باطلة لعدم مراعاة الدائن للقواعد التى فرضها المشرع لاقتضاء حقه ، ويكون الدفع بذلك – وأن سماه المدعى عليه دفعا بعدم القبول – موجها الى اجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها ويكون بهذه المثابة من الدفوع الشكلية وليس دفعا بعدم القبول

مما نصت عليه المادة 114 مرافعات . (1972/5/23 - م نقض م – 23 – 981 – 1975/6/9 طعن 710 لسنة 40ق – 1979/3/7 – م نقض م – 30 العدد الأول – 736 ويراجع أمينة النمر بند 146 حيث ترى اعتبار الدفع فى هذه الحالة دفعا بعدم قبول الدعوى) ، والدفع ببطلان الاجراءات فى هذه الحالة هو دفع يتعلق بالنظام العام فيجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض كما تملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها . (الوشاحى بند 30 – والى بند 397 – سيف بند 597 وما بعده – وقارن ابو الوفا فى التنفيذ بند 81 حيث يرى أن المحكمة لا تملك الحكم بذلك من تلقاء نفسها) ، غير أن هذا الدفع شكلى ، ومن ثم فإن قضاء محكمة أول درجة لا تستنفد به ولايتها فإذا قضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم وجب عليها اعادة الدعوى الى محكمة أول درجة للقضاء فى موضوعها دون أن تكون لها التصدى لهذا الموضوع . (راجع أحكام النقض السابقة) .

ويقتصر اللجوء الى هذا الطريق رغم توافر شروطه على الدعوى المبتدأة أما إذا كانت المطالبة بالحق قد أبديت بطريق التبع لدعوى قائمة أى بطريق الطلب العارض فإن الدائن لا يكون ملزما باتباع طريق أمر الأداء سواء كان هذا الدائن هو المدعى فى الدعوى الأصلية أو المدعى عليه فيها بطريق التدخل أو الادخال . (1977/4/6 – م نقض م – 28 – 936 – 1976/1/19 – م نقض م – 27 – 240) .

ويرى البعض أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع من اعمال المادة 201 ، ومن ثم يجب على الدائن رغم وجود شرط أو مشارطة التحكيم أن يلجأ الى طريق أمر الأداء للمطالبة بالدين الذى تتوافر فيه شروط الدين المذكور . (أمينة النمر بند 151) .

يجوز لمأمور اتحاد الملاك استصدار أمر الأداء بإلزام المالك لوحدة فى العقار بالتزاماته عنها :

وفقا لنص المادة 30 من قرار وزير الاسكان والتعمير رقم 109 لسنة 1979 بإصدار النظام النموذجى لاتحاد الملاك اعمالا لنص المادة 74 من القانون رقم 49 لسنة 1977 فإنه يجوز لمأمور اتحاد الملاك استصدار أمر أداء ضد أحد أعضاء اتحاد الملاك بالالتزامات التى تقع على عاتقه وبديهى أن ذلك مشروط بأن يتوافر فى الدين شروط استصدار أمر الأداء المنصوص عليها فى المادة 201 مرافعات ومنها توقيعه على محضر الجمعية العمومية الذى تخلف عن الوفاء بما ورد به وأن تتبع الاجراءات المنصوص عليها فى المادة 202 من نفس القانون

ومن ثم إذا تخلف أحد أعضاء اتحاد الملاك عن سداد الاشتراك السنوى الذى حددته الجمعية العمومية للاتحاد الصيانة مرافق العقار ودفع أجرة البواب وأراد المأمور أن يستصدر ضد الممتنع أمر أداء تعين عليه أن يخطره بالوفاء بخطاب مسجل مع علم الوصول ثم يتقدم بالأمر مرفقا به ما يدل على ملكية المقدم ضده الأمر وحدة بالعقار وقرار جمعية اتحاد الملاك بتحديد الاشتراك ومحضر الجمعية العمومية المتضمن توقيعه وقرار الجمعية بتعيين مقدم الطلب مأمورا للاتحاد . (الدناصورى وحامد عكاز).

يجوز للمؤجر اللجوء الى استصدار أمر الأداء عند المطالبة بالأجرة :

بالنسبة لعقود الايجار فقد ورد فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الصادر سنة 1949 اشارة تفيد أن المؤجر يمكنه الانتفاع بالطريق المستحدث وبالتالة يجوز له أن يستصدر أمر أداء عند المطالبة بالأجرة سواء تعلق العقد بعقار أو منقول . (أبو الوفا)

وقد جرى العمل على المطالبة بالأجرة بموجب أمر أداء استنادا الى عقد الايجار وكذلك سائر العقود التبادلية مادام الالتزام بالمبلغ ثابتا من حيث أصله بالكتابة تأسيسا على أن طالب أمر الأداء يفترض فيه أنه دائن وأنه قد نفذ الالتزام المقابل وعلى خصمه إذا أنكر أن يتظلم ، وفى بعض الحالات يتقدم الدائن وقت طلب أمر الأداء بما يثبت تنفيذه للالتزام المقابل . (عبد الباسط جميعى)

ويجب أن نلاحظ أن أمر الأداء يتعين أن يأخذ بالأجرة الثابتة بعقد الايجار وهو فى ذلك لا يجوز حجية بالنسبة لمسألة قانونية الأجرة عند المنازعة فيها وفى عبارة محكمة النقض " إذا كان أمر الأداء القاضى بإلزام المطعون عليه الأول – المستأجر – بأداء الأجرة المحددة بعقد الايجار عن المدة من 1970/1/1 حتى آخر مايو سنة 1970 وأن حاز قوة الأمر المقضى إلا أنه إذا صدر تنفيذا لعقد الايجار أخذا بالأجرة المتفق عليها غيه ودون أن يعرض لقانونية هذه الأجرة تبعا لعدم اثارة نزاع حولها فإنه لا يجوز حجية فى هذه المسألة وإذ كان تحديد الأجرة طبقا لقوانين ايجار الأماكن من المسائل المتعلقة بالنظام العام التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فإن صدور أمر الأداء بالأجرة الاتفاقية الواردة بالعقد لا يحول دون حق المطعون عليها الأول فى اقامة دعوى بتحديد الأجرة القانونية لعين النزاع ، ومن ثم فإن الحكم المطعون إذا اعتد بالأجرة القانونية لها

والتى حددها الحكم الصادر بالتخفيض وبين الفروق المستحقة المطعون عليها الأول – المستأجر – ورتب على ذلك انتفاء تخلفه عن الوفاء بالأجرة بما لا يبرر اخلاءه من العين المؤجرة فإنه لا يكون قد خالف حجية أمر الأداء سالف الذكر . (نقض مدنى 1977/1/5 الطعن رقم 460 لسنة 42ق) .

يجوز المطالبة بأجرة العين المستأجرة مع طلب الإخلاء لعدم الوفاء بها دون اللجوء لطريق أمر الأداء :

أوضحنا فيما سبق أن المشرع جعل سلوك أمر الأداء الزاميا إذا كان ما يطالب به الدائن دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه ومقداره أما إذا كان ما يطالب به الدائن متجاوزا ذلك فإنه يتعين رفع دعوى بالطرق المعتادة متى كان موضوعها اقتضاء الطلبات جميعها بشرط أن يكون بين هذه الطلبات ارتباط كأن يكون مصدر الالزام بهما مبنى على سند قانونى واحد ، وعلى ذلك لما كان طلب الاخلاء لعدم الوفاء بالأجرة والمطالبة بالأجرة المتأخرة بينهما ارتباط ويسندان الى سبب قانونى واحد هو عقد الايجار لأن طلب الأجرة اساسه عقد الايجار وطلب الاخلاء اساسه فسخ عقد الايجار ومن ثم فإنه يجوز مع المطالبة بالاخلاء لعدم سداد الاجرة المطالبة ايضا بالأجرة المتأخرة فى ذات الدعوى دون اللجوء الى طريق استصدار أمر الأداء . (الديناصورى وحامد عكاز – التعليق) .

سلوك طريق أمر الأداء عند المطالبة بمؤخر صداق الزوجة :

يرى بعض الفقهاء أنه وان كان دين مؤخر الصداق مبلغا من النقود ثابت بالكتابة ومعين المقدار بوثيقة الزواج إلا أن استحقاقه معلق على الشرط انتهاء الزوجية بالطلاق البائن أو وفاة الزوجة ، ومن ثم فإن وثيقة الزواج لا تكفى وحدها دليلا على أن الدين أصبح حال الأداء

بل يتعين تكتملها فى هذه الحالة بشهادة الوفاة واعلام شرعى بأسماء ورثة الزوجة ان كانت هى المتوفاة أو بأسماء ورثة الزوج ان كان هو الذى توفى وإشهاد الطلاق ان كان الزوج هو الذى أوقعه وحكم الطلاق إن كان قد صدر من المحكمة وما يدل على ان الطلاق اصبح بائنا وتوافر هذه الشروط جميعها يحتاج الى مستندات أخرى خلاف وثيقة الزواج .

ولهذا ينتقد هذا الفقه الأحكام التى أصدرتها بعض المحاكم والتى قضت فيها بضرورة اللجوء الى طريق امر الأداء عند المطالبة بمؤخر صداق الزوجة سواء أكان استحقاقه للوفاة أو للطلاق . (الديناصورى – وعكاز) .

وإننا نرى أن نص المادة 203 من قانون المرافعات يعزز الرأى القائل بوجوب سلوك طريق أمر الأداء عند المطالبة بمؤخر صداق الزوجة ، ذلك لأنه طالما كان مؤخر الصداق وهو مبلغ نقدى معين المقدار وثابت بالكتابة ن فإنه يصبح والحالة هذه أن يطالب به بطريق أمر الأداء مع تعزيز وثيقة الزواج بمستندات أخرى خاصة

وأن النص المادة 203 مرافعات يجرى على أن ترفق بعريضة طلب أمر الأداء المستندات المؤيد لها أى المستندات التى تعزز هذا الطلب ، وهى هنا تلك المستندات التى تكشف عن أن الدين قد أصبح حال الأداء بوقوع أقرب الأجلين – الطلاق أو الوفاة . (البغال)

استصدار أمر الأداء بالنسبة لقائمة جهاز الزوجة :

استصدار أمر الأداء بقائمة جهاز الزوجة أصبح واجبا بعد تعديل النص بشرط أن يكون التزام الزوج أو المطلق فى القائمة بتسليم الجهاز غير معلق على قيد أو شرط أما إذا كان معلقا على شرط الطلاق فلا يجوز ذلك ولو قدم وثيقة الطلاق اللهم إلا إذا كانت هذه الوثيقة تحمل فى طلباتها الدليل على أن الطلاق بائن كأن يكون الطلاق الآخر الذى قدمت وثيقته مكملا للثلاث طلقات

أو يكون طلاقا رجعيا إلا أن فترة قد انتهت دون مراجعة ذلك أن الطلاق الرجعى يجيز للمطلق أن يراجع زوجته فى فترة العدة ولو بدون رضاها وبالتالى لا يجوز استصدار أمر الأداء بالمنقولات التى ضمنتها القائمة مادام أن ردها معلق على شرط الطلاق وطالما أنه لم يثبت كتابة أن الطلاق كان بائنا . (الديناصورى وعكاز) .

يجوز للدائن اللجوء لاستصدار أمر الأداء لتسليمه حجرات الموبيليا :

يجب على من المشترى منقولات معينة بذاتها (حجرات الموبيليا) أن يتقدم ضد البائع بطلب أمر أداء بتسليمه هذه المنقولات إذا نكل عن تنفيذ التزامه بتسليمها له ويتعين فى هذه الحالة أن تكون موصوفة فى العقد وصفا ينفى عنها الجهالة . (الديناصورى – وعكاز) .

يجوز استصدار أمر أداء بالمحاصيل الزراعية :

يجوز استصدار أمر الأداء بالمحاصيل الزراعية كخمسين أردب من القمح أو الأرز أو الأذرة أو البرسيم أو 30 قنطارا من القطن .

يجوز استصدار أمر أداء بالماشية :

نظرا لأن الماشية تعتبر من المثليات فإنه يجب استصدار أمر أداء بشأنها فيجب على من اشترى الحصان أو الجاموسة أو البقرة أو الحمار أن يسلك طريق أمر الأداء للمطالبة بها .

ويجب أن نلاحظ أن الشخص لا يملك إلا جزء محددا فى شئ لا يمكن قسمته عينا كجاموسة أو دابة فلا يجوز استصدار أمر أداء به . (الديناصورى وعكاز)

يجوز للمؤلف استصدار أمر الأداء :

ويجوز للمؤلف الذى اتفق مع الناشر على أن يحصل على عدد معين من نسخ مصنفة أن يستصدر أمر أداء ضده بإلزامه بأن يسلم له النسخ المتفق عليها بالعقد لأنه إلزام ثابت بالكتابة وعلى منقول معين بذاته ومقداره . (المرجع السابق) ويجوز ايضا للمؤلف فى حالة استلامه العدد الغير متفق عليه ان يستصدر أمر الأداء ضد الناشر ببقية النسخ المتفق عليها لأن العدد هنا معلوم فى العقد .

يسرى أمر الأداء على الدين .

ويسرى نظام أوامر الأداء على الدين سواء كان مدنيا أو تجاريا ، وقد لاحظنا من تتبعنا لقضاء المحاكم أن من يحمل سندا لا يتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء نادرا ما يلجأ الى رفع الدعوى مباشرة بل يلجأ الى استصدار أمر الأداء وذلك خشية أن تعتبر المحكمة أن المنازعة متوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء وتقضى بعدم القبول وهذا الإجراء اكثر فائدة واحتياطيا ولن يضير الخصم شيئا خصوصا أن تقدير القضاء للمنازعة فى الدين يختلف من قاض الى آخر لأنها مسألة تقديرية .

ومن خلال ما تقدم كله لا يجوز اللجوء الى طريق أمر الأداء فى مطالبة المشترى للبائع باسترداد الثمن المدفوع منه بمقتضى عقد بيع قضى نهائيا ببطلانه . (1977/1/31 – م نقض م – 28 – 310) ، أو فى المطالبة برد ضعف العربون (1975/12/9 – م نقض م – 26 – 1593) أو المطالبة بفروق أجرة استنادا الى صدور حكم بفروق عن مدة سابقة (1978/2/23 طعن 263 لسنة 45ق).

الفصل الثالث : استصدار أمر الأداء إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية (الشيك – الكمبيالة – السند الإذنى – السند لحامله)

تنص المادة 2/201 ، 3 من قانون المرافعات على أنه " تتبع هذه الأحكام إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو للضامن الاحتياطى لأحدهم – أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء وجب عليه اتباع القواعد العامة فى رفع الدعوى.

ولم يورد المشرع المصرى تعددا للأوراق التجارية وإنما ذكر أربعة منها هى الكمبيالة والسند الإذنى – أو السند لأمر – والسند لحامله والشيك وهذا التعدد ليس جامعا ولا مانعا ويمكن تعريف الأوراق التجارية بأنها صكوك وفق أوضاع شكلية حددها القانون تتضمن التزاما بدفع مبلغ معين من النقود فى وقت معين أو قابل للتعيين ويمكن نقل الحق المندمج فيها عن طريق التظهير أو المناولة ، ويقبلها العرف التجارة كأداة للوفاء بالديون . (الدكتور ثروت عبد الرحيم – القانون التجارى).

ويجب أن نلاحظ أنه إذا كان سند الدائن ورقة تجارية فإنه لا يجوز اللجوء الى طريق أمر الأداء إلا إذا أراد الدائن الرجوع على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطى لأحدهم ، أما إذا أراد الرجوع على غير هؤلاء كالمظهر أو أن يجمع بينهم وبين آخرين على سبيل التضامن فإنه يتعين عليه أن يسلك سبيل الدعوى المعتادة . (1967/6/15 – م نقض م – 18 – 1275 ، وراجع محسن شفيق فى الأوراق التجارية ص448 وما بعدها أمين بدر فى الأوراق التجارية الطبعة الثانية بند 518) ،

ويلاحظ بالنسبة للضامن الاحتياطى أن المادة 138 من قانون التجارة أجازت أن يرد الضمان الاحتياطى فى ورقة مستقلة دون أن يستلزم أن تشتمل هذه الورقة صورة السند أو السندات التى يعطى الضمان من اجلها ، إلا أنه يتعين أن تتضمن الورقة الموقعة من الضامن تعيين السندات محل الضمان على نحو ينفى عنها الجهالة بأن تتضمن بيان نوع الأوراق التجارية موضوع الضمان والبائع الحاصل عنها الضمان أى تحديد المبلغ المكفول ومدته . (محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى طبعة 1954 بند 285 – أمين بدر فى الأوراق التجارية طبعة 1953 بند 384 – أكثم الخولى فى الأوراق التجارية طبعة 1970 بند 110)

الشيـــك :

من المتعارف عليه أن صفة التاجر تقوم قرينة على أن الشيك قد حرر لعمل تجارى أنها قرينة تقبل إثبات العكس ومتى ثبت العكس أى متى ثبت أن التاجر الذى حرر الشيك قد حرر لعمل مدنى فإن هذا الشيك لا يكتسب الصفة التجارية بل يكون مدنيا وهذا اختلاف اساسى بين السند وبين الشيك

الشيك هو ورقة تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب الى البنك (المسحوب عليه) بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليها مبلغا من النقود لشخص ثالث (هو المستفيد) لأن لإذنه أو لحامل الورقة .

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 722 لسنة 44ق والذى جاء فيه الأصل فى الشيك أن يكون مدنيا ولا يعتبر ورقة تجارية إلا إذا كان موقعا عليه من تاجرا ومترتبا على معاملة تجارية ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوصف التجارى للشيك يحدد وقت إنشائه

فيعتبر عملا تجاريا إذا كان تحريره مترتبا على عمل تجارى أو كان ساحبه تاجرا – ما لم يثبت أن سحبه لعمل غير تجارى ولا عبرة فى تحديد هذا الوصف بضفة المظهر للشيك أو بطبيعة العملية التى اقتضت تداوله بطريق التظهير . إذ تنسحب الضفة التجارية أو المدنية التى أسبغت عليه وقت تحريره على جميع العمليات اللاحقة التى أدت الى تظهيره.

الكمبيـــالة :

تعد الكمبيالة ورقة تجارية مطلقة حتى ولو حررت بصدد عمل مدنى وهى تتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب الى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع لإذن شخص ثالث هو المستفيد (أو لحامل الكمبيالة إذا كانت لحاملها) مبلغا معينا بمجرد الاطلاع أو فى ميعاد معين أو قابل للتعيين فهى ورقة ثلاثية الأطراف ويكتسب هذه الصفة التجارية كل التزام يتعلق بالكمبيالة سواء كان سحبها أو تظهيرها أو قبولها او ضمنها ضمانا احتياطيا واعمالا لما سلف تعتبر تجارية الكمبيالة التى تحرر لدين مدنى كالكمبيالة

واستثناء على أن الكمبيالة ورقة تجارية مطلقة بأنها تعد عملا مدنيا فى حالة توقيع النساء غير المشتغلات بالتجارة عليها فقد اعتبرها المشرع عملا مدنيا رعاية لهن حتى يجتنبهن أحكام قانون الصرف التى تتسم بالقسوة فى معاملة المدين . (ثروت عبد الرحيم)

السنــد الإذنــى :

السند الإذنى ورقة تجارية تتضمن تعهد محررها بدفع مبلغ معين لإذن شخص ثان هو المستفيد بمجرد الاطلاع أو فى ميعاد معين أو قابل للتعيين . فالسند الإذنى ورقة ثنائية الأطراف .

والسند الإذنى على خلاف الكمبيالة فلا يعد ورقة تجارية مطلقة فجميع السندات التى تحت إذن سواء كان من امضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر وإنما يتشرط فى الحالة الأخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية ، والسند الإذنى يعتبر تجاريا فى حالتين :

إذا كان السند الإذنى قد حرر لعمل تجارى ويستوى فى هذه الحالة أن يكون محررة تاجرا أو غير تاجر ، 2. إذا كان محررة تاجرا ويستوى فى هذه الحالة أن يكون حرر لعمل مدنى أو لعمل تجارى . (على البارودى)

ويلاحظ أن العبرة بوصف السند الإذنى عند نشأته بالنسبة الى المحرر فإذا اشترى شخص محصولا من مزارع لأجل بيعه وحرر سندا لإذن المزارع وفاء بالثمن فإن السند يعتبر تجاريا ولو أن العملية مدنية بالنسبة الى المستفيد وعلى العكس من ذلك إذا اشترى غير تاجر شيئا لاستعماله الإذنى لا يعتبر تجاريا ومتى اعتبر السند الإذنى عملا تجاريا وقت أنشأته فإنه يظل كذلك بعد تظهيره غذ ينسحب هذا الوصف على كل العمليات القانونية اللاحقة لتحريره . (مصطفى طه) ، وفى عبارة محكمة النقض " السند الإذنى وفقا لصريح الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون التجارة يعتبر عملا تجاريا متى كان موقعه تاجرا سواء أكان مترتبا على معاملة تجاريا أو مدنية . كما قضت بأن السند الإذنى طبقا لصريح نص الفقرة السابعة من المادة الثانية من قانون التجارة يعتبر عملا تجاريا متى كان موقعه تاجرا سواء أكان مترتبا على معاملة تجارية أو مدنية ويعتبر عملا تجاريا كذلك إذا كان مترتبا على معاملة تجارية ولو كان الموقع عليه غير تاجر ، ولا يجدى الطاعن ما يدعيه من مخالفة النص لهدف التشريع وذلك أنه متى كان النص واضحا لا يجوز الخروج عليه أو تأويله الاستهداء بمحكمة التشريع التى أملته لأن البحث فى ذلك يكون عند غموض النص أو وجوده ليس فيه. (نقض مدنى 1970/4/7 الطعن رقم 54 لسنة 36ق)

السنـــد لحامـــله :

وينحصر الخلاف بين السند لحامله والسند الإذنى فى أن الأول لا يرد به اسم المستفيد مقترنا بشرط الإذن أو الأمر وإنما يلتزم المحرر بدفع قيمة السند لأى شخص يحمله إذ يكون صاحب الحق فيه ذلك أن الحق يندمج فى الصك ، ومن ثم تصبح حيازته دليلا على ملكية الحق الثابت فيه وبالتالى يعتبر السند لحامله منقولا ماديا تسرى فى شأنه القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية وينتقل الحق المندمج فى الصك من شخص الى آخر عن طريق التسليم أى المناولة لا عن طريق التظهير كالسند الإذنى (ثروت عبد الرحيم).

والسند لحامله فهو يتضمن تعهد محرره بأن يدفع مبلغ معين إن يحمل الورقة التجارية بمجرد الاطلاع أو فى ميعاد معين أو قابل للتعيين .

أحكام النقض الصادرة على الباب الأول :

مؤدى نص المادة 1/851 ، 852 ، 853 من قانون المرافعات السابق أنه يشترط لإصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطلوب إصدار أمر الأداء به مبلغا من النقود ثابتا بالكتابة حال الأداء وأن يكون معين المقدار وأن قصد المشرع من تعيين مقدار الدين بالسند ألا يكون بحسب الظاهر من عباراته قابلا للمنازعة فيه ، فإنه إذا تخلف شرط من هذه الشروط وجب اتباع الطريق العادى فى رفع الدعوى ، وإذ كان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال الى أسبابه قد بين أنه ورد بالسند الذى رفعت بمقتضاه الدعوى أن ما يحكم به فى الدعوى الاستئنافية المطروحة على المحاكم وقت تحريره والخاصة بثمن قطعة الأرض المنزوع ملكيتها للمنفعة العامة من ملك المطعون عليها ،

والتى كان مورث الطاعن قد اشتراها باسمها ، هو حق المطعون عليها وأن مورث الطاعن قد تعهد بمقتضى هذا السند أن يدفع للمطعون عليها ما يقضى به ويقبضه من وزارة الأشغال ، فإن هذا الدين لا يعتبر بحسب الثابت من سنده على النحو سالف البيان دينا معين المقدار بل أنه بحسب عباراته قابل للمنازعة فيه بين الخصوم ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أصاب صحيح القانون إذ لم يتطلب إصدار أمر الأداء بالنسبة لهذا السند

أمر الأداء , استثناء من القواعد العامة لرفع الدعوى . عدم جواز التوسع فيه . شرطه أن يكون حق الدائن نائب بالكتابة وحال الأداء ومحله دينا من النقود معين المقدار بذاتها على توقيع المطلوب استصدار أمر الأداء ضده عليها والتزامه دون غيره بأدائه وقت استحقاقه . تخلف ذلك . أثره . وجوب اتباع الطريق العادى لرفع الدعوى . (الطعن رقم 5508 لسنة 70ق جلسة 2002/1/13)

متى كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن – العامل – قد أفصح فى صحيفة الطلب المقدم منه لاستصدار أمر الأداء أن المبلغ المطالب به هو الباقى له من مكافأة خدمته لدى والد المطعون عليه تعهد المطعون عليه بسداده وقام فعلا بسداد مبلغ منه ، وكان الطاعن لم يعدل عن هذا الدفاع أمام محكمة الاستئناف ، ولم يتمسك بأن إقرار المطعون عليه ينطوى على التزام بمقابل تعويض عن الفصل أو باعتباره منحة أو مكافأة عن خدمات سابقة ، فإنه لا يقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول طلب مكافأة نهاية الخدمة لرفعه على غير ذى صفة لم يخالف القانون . (نقض 1973/3/1 سنة 24 ص366)

مقتضى المادة 1/201 مرافعات انه يشترط لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين ثابتا بورقة عليها توقيع المدين ، ويبين منها أو من أوراق أخرى موقع عليها منه أن الدين حال الأداء معين المقدار ،

كما أنه لا يكون طريقا إلزاميا إلا عند المطالبة بالحق ابتداء ، ولما كانت فروق الأجرة التى طالب بها المطعون عليه لم تثبت فى ورقة تحمل توقيع الطاعن ولم يتعين مقدارها أو تصبح حالة الأداء إلا عند صدور الحكم على ضوء تقرير أهل الخبرة بتخفيض أجرة سنة النزاع ، وكان البين من الأوراق أن مطلوب المطعون عليه بمدعاة لم يكن قاصرا على المطالبة بالفروق بل صاحب تحديد الأجرة فإن استلزام اتباع طريق استصدار الأمر بالأداء بالنسبة للفروق يقوم على غير سند قانونى . (نقض 1977/4/6 طعن 555 سنة 43ق) .

تشترط المادة 1/201 من قانون المرافعات لسلوك استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغا من النقود ثابتا بالكتابة ومعين المقدار وحال الأداء ومنقولا معينا بنوعه ويقتضى ذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون الدين المطالب به ثابتا بورقة عليها توقيع المدين ويبين منها أن أوراق أخرى موقع عليها منه أن هذا الدين حال الأداء ومعين المقدار فإن لم يكن الدين معين المقدار – فى ورقة من هذا القبيل – فإن سبيل الدائن فى المطالبة به يكون الطريق العادى لرفع الدعاوى ولا يجوز له فى هذه الحالة أن يلجأ الى طريق استصدار الأمر بالأداء لأنه استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعوى لا يجوز التوسع به ، ولما كانت الأوراق التى استندت إليها المطعون عليها فى استرداد الثمن الذى دفعته الى الطاعن الأول بصفته عى عقد البيع الصادر منه إليها وإفادة من بنك مصر تتضمن استلام الطاعن الأول قيمة شيكين بمبلغى.

والحكم الذى قضى بإبطال هذا البيع ، لا تغنى عما استلزمه القانون لاستصدار أمر الأداء من تعيين الدين فى ورقة موقع عليها من المدين ، فإنه إذا رفعت الدعوى بالطريق العادى ، فإنها تكون قد رفعت بالطريق القانونى . (نقض 1977/1/31 سنة 28 الجزء الأول ص310) .

الطعن بعدم توافر شروط سماع الدعوى ، وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفعها ، عدم انطباق تلك المادة على الدفع الشكلى ، كالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مباشرة للمحكمة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء.

سلوك طريق استصدار أمر الأداء . شرطه . مادة 201 مرافعات المطالبة بدين لا تتوافر فيه شروط أمر الأداء . سبيله . رفع دعوى بالطريق العادى. (نقض 1988/12/8 طعن رقم 455 لسنة 53ق)

وجوب اتخاذ طريق أمر الأداء عند مطالبة الدائن بورقة تجارية فى حالة رجوعه على الساحب أو المحرر لها أو المقابل لها . الرجوع على غير هؤلاء كالمظهر أو عليهم وعلى الساحب أو المحرر أو المقابل . وجوب سلوك الطريق العادى لرفع الدعوى . لا يؤثر فى ذلك تنازل الدائن عن مخاصمة المظهر أثناء سير الدعوى.

إذ كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن سلوك سبيل أمر الأداء عند توافر شروطه وإن كان وجوبيا يترتب على مخالفته عدم قبول الدعوى التى ترفع ابتداء الى المحكمة بالطرق العادية ، إلا أن الدفع به دفع شكلى يتعلق ببطلان إجراءات الخصومة ، ومن ثم متى قبلته محكمة أول درجة فإنها لا تكون قد استنفدت ولايتها بحيث إذا ألغى حكمها فى الاستئناف وجب إعادة الدعوى الى المحكمة الابتدائية للفصل فى الموضوع اعتبارا بأن مبدأ التقاضى على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائى ، ويكون حكم محكمة الاستئناف باطلا إن هى تصدت للموضوع ، وترتب على تصديها الإخلال بالمبدأ ، ولا يزيل هذا البطلان عدم التمسك أمامها بإعادة القضية لمحكمة أول درجة . (نقض 1979/3/7 سنة 30 العدد الأول ص736)

إذ كان البين من الإقرار المؤرخ 1980/9/15 موضوع النزاع أنه تضمن إقرار الطاعن بأن للمطعون ضده طرفه مبلغ ألف جنيه التزم بتحرير عدد خمسة شيكات به يكون موعدها تاليا للشيكات الموجودة طرف الدائن – المطعون ضده – على أن يتم تسليمها خلال خمسة أيام من تحرير الإقرار وهو مؤداه أن هذا الورقة وان تضمنت إقرار الطاعن بالدين إلا أنها حددت سبيل الوفاء به بشيكات خلت من بيان تاريخ استحقاقها ، فإن هذه الورقة لا تتوافر فيها شروط استصدار أمر الأداء

إجراءات استصدار أمر الأداء عند توافر الشروط التى يتطلبها القانون إجراءات تتعلق بشكل الخصومة ولا تتصل بموضوع الحق المدعى به أو بشروط وجوده ، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها الى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء هو فى حقيقته دفع ببطلان الإجراءات لعدم مراعاة الدائن القواعد التى فرضها القانون لاقتضاء دينه ، وبالتالى يكون هذا الدفع موجها الى إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها وبهذه المثابة يكون من الدفوع الشكلية ، وليس دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة 143 من قانون المرافعات السابق.

المستفاد من نص المادة 201 مرافعات أن طريق أوامر الأداء هو استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى ابتداء لا يجوز التوسع فيه ، ولا يجوز سلوكه إلا إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء ، وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه ومقداره والمقصود بكونه معين المقدار ألا يكون الحق الظاهر من عبارات الورقة قابلا للمنازعة فيه ، وإذ كان الثابت أن الحق موضوع المطالبة هو باقى ثمن أشياء رسى على الطاعن مزادها ونكل عن تنفيذ التزامه باستلامها فإن هذا الحق لا تتوافر فيه الشروط المتقدمة التى يجب معها استصدار أمر بأدائه

إذ هو غير ثابت فى سند كتابى يحمل توقيع الطاعن فضلا عن أنه مثار نزاع منذ البداية حول استحقاقه ومقداره ، ومن ثم فلا تكون المطالبة به إلا بطريق الدعوى العادية . (نقض 1979/1/1 سنة 30 العدد الأول ص100) .

الإقرار الصادر من المطعون ضده المتضمن إلزامه بسداد المبلغ المطالب به للطاعنة إذا لم يعمل لديها مدة خمس سنوات فور تخرجه . اعتباره تعويضا اتفاقيا عن الإخلال بالتزامه الوارد بالإقرار . لا تتوافر للمطالبة به شروط استصدار أمر الأداء . سبيله ز رفع دعوى بالطريق العادى . مخالفة هذا النظر . خطأ.

تشترط المادة 851 من قانون المرافعات السابق لسلوك طريق استصدار أمر الأداء أن يكون الدين المطالب به مبلغا ن النقود ثابتا بالكتابة ، ومعين المقدار وحال الأداء ومقتضى ذلك أن يكون الدين ثابتا بورقة عليها توقيع المدين ، ويبين منها أو من أوراق أخرى موقع عليها منه أن هذا الدين حال الأداء ومعين المقدار ، فإن لم يكن الدين معين المقدار فى ورقة من هذا القبيل . فإن سبيل الدائن الى المطالبة به يكون هو الطريق العادى لرفع الدعوى ، ولا يجوز له فى هذه الحالة أن يلجأ الى طريق استصدار أمر الأداء ، لأنه استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى لا يجوز التوسع فيه . (نقض 1972/5/23 لسنة 23 ص981) .

استصدار أمر الأداء استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعاوى لا يجوز التوسع فيه . طلب المدعى رد ضعف العربون الوارد فى الاتفاق لأن المدعى عليه لم ينفذ صفقة البيع لا يكون إلا بطريق الدعوى العادية لأن ما يطالب به لا يكون كله ثابتا بعقد الاتفاق (نقض 1975/12/9 سنة 26 ص1593) .

سلوك الدائن طريق استصدار أمر الأداء . شرطه . مادة 201 مرافعات . وجوب ألا يكون مقدار الدين بالسند بحسب الظاهر من عباراته قابلا للمنازعة فيه . المطالبة بدين لا تتوافر فيه شروط أمر الأداء . سبيله . رفع الدعوى بالطريق العادى . المقصود يكون الالتزام معين المقدار أن يكون قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة فى التقدير . التعويض الاتفاقى . مادة 224 مدنى . قابليته للتخفيض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه . مؤداه . قابليته بطبيعته للمنازعة من جانب المدين . (نقض 1996/12/7 طعن رقم 3141 لسنة 61ق)

عريضة أمر الأداء . هى بديلة ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء . بطلان أمر الأداء لصدوره فى غير حالاته . عدم تعلقه بالعريضة ذاتها . أثره . استفاد محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى . وجوب ألا تقف محكمة الاستئناف عند حد تقرير بطلان أمر الأداء والحكم الصادر فى التظلم منه وأن تمضى فى الفصل فى موضوع النزاع بحكم جديد . (نقض 1993/6/14 طعن رقم 2166 لسنة 62ق)

يشترط لاستصدار أمر الأداء أن يكون الدين معين المقدار بمعنى ألا يكون بحسب الظاهر من عباراته قابلا للمنازعة فيه . (نقض 1991/6/10 طعن رقم 2881 لسنة 57ق) .

مناط التزام الدائن بسلوك طريق أمر الأداء للمطالبة بدينه – وذلك وفقا لنص المادة 201 وما بعدها من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون كل مطلوب الدائن مبلغا من النقود وثابتا بالكتابة ومعين المقدار وحال الأداء . فإذا كان بعض ما يطالب به لا تتوافر فيه هذه الشروط . فإنه سبيل المطالبة يكون هو الطريق العادى لرفع الدعوى . ولا يجوز للدائن فى هذه الحالة أن يلجأ الى طريق أمر الأداء ، لأنه استثناء من القواعد العامة لا يجوز التوسع فيه ، وكانت طلبات المطعون ضدهم يفتقر بعضها للشروط المشار إليها فإن دعواهم تكون قد رفعت بالطريق القانونى. (نقض 1990/6/30 سنة 41 الجزء الأول ص339) .

سلوك طريق استصدار أمر الأداء . شرطه . طلب المشترى استرداد الثمن المدفوع منه بمقتضى عقد بيع قضى بإبطاله . رفع الدعوى به بالطريق العادى ، دون طريق أمر الأداء . لا خطأ . (نقض 1977/1/31 سنة 28 ص310) .

سلوك طريق أمر الأداء . شرطه . المقصود بتعيين مقدار الدين ألا يكون قابلا للمنازعة فيه . تخلف أحد شروط الأمر . أثره . للدائن اتباع الطريق العادى فى رفع الدعوى . (نقض 1992/6/7 طعن رقم 4746 لسنة 61ق)

إجراءات استصدار أمر الأداء تتعلق بشكل الخصومة دون موضوع الحق . الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بالطريق العادى عن دين تتوافر فيه شروط أمر الأداء . دفع شكلى ببطلان إجراءات وليس دفعا بعدم القبول معا نصت عليه المادة 115 مرافعات . (نقض 1996/4/17 طعن رقم 1966 لسنة 64ق) .

أمر الأداء هو استثناء من القواعد العامة فى رفع الدعوى ابتداء ومن ثم فلا يجرى هذا النظام على إدخال الغير فى دعوى قائمة وإنما تتبع فى هذا الشأن الأوضاع المعتادة فى رفع الدعوى . (نقض 1976/1/19 سنة 27 ص240) .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة 201 من قانون المرافعات أن طريق أمر الأداء هو استثناء من القواعد العامة لرفع الدعوى فلا يجوز التوسع فيه ولا يجوز سلوكه إلا إذا كان حق الدائن ثابتا بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه أو مقداره ، وأن قصد المشرع من أن يكون الدين ثابتا بالكتابة أن تكون الورقة مفصحة بذاتها على أن المطلوب استصدار أمر الأداء ضده هو الموقع على الورقة ويلتزم دون غيره بأدائه وقت استحقاقه ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط وجب على الدائن اتباع الطريق العادى لرفع الدعوى . (الطعن رقم 5508 لسنة 70ق جلسة 2002/1/13) .

البـــاب الثـــانى : إجراءات طلب أمر الأداء

الفصل الأول : التكليـــف بالوفـــاء

تنص المادة 202 من قانون المرافعات على أنه " على الدائن أن يكلف المدين أولا بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل ثم يستصدر أمرا بالأداء من قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية حسب الأحوال وذلك ما لم يقبل للدين اختصاص محكمة أخرى بالفصل فى النزاع ويكفى فى التكليف بالوفاء أن يحصل بكتاب مسجل مع علم الوصول ويقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف .

والغاية من إيجاب التكليف بالوفاء قبل تقديم العريضة هو تفادى مفاجأة المدين بصدور أمر عليه بدفع دين لم يسبق أن كلف وفاءه ، فقد يقوم المدين بمجرد تكليفه وفاء الدين بدفعه فلا تكون هناك حاجة لاتخاذ أى إجراء ضده وتمكين المدين من ذلك حدد القانون خمسة أيام على الأقل يجب أن تمضى بين التكليف وتقديم العريضة حتى لا يصح التكليف بالوفاء إجراء صوريا لا جدوى به . (رمزى سيف)

ليس هناك شكل معين للتكليف بالوفاء :

التكليف بالوفاء هو شرط شكلى لصدور أمر الأداء لا يتعلق بالعريضة ذاتها ، ومن ثم فإنه لا وجه للقول ببطلان أمر الأداء لعيب فى التكليف بالوفاء لأن هذا العيب سابق على الطلب المقدم لاستصدار أمر الأداء والعريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى بديل ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء . (انظر أحكام النقض التالية)

وعلى ذلك فإذا شاب التكليف بالوفاء عيب من العيوب فإن هذا البطلان لا يمنع من إصدار الأمر بالأداء ولا يؤثر فى الأمر الذى صدر لأن التكليف بالوفاء إذا تم ولو كان معيبا تتحقق الغاية منه وهى دعوى المدين والسبب فى ذلك أن المشرع لم يستلزم فى التكليف بالوفاء شكلا معينا بل اكتفى بإتمامه بخطاب عادى ولا شك أن تكليف المدين الوفاء بواسطة محضر – ولو كان باطلا – يكون أكثر دلالة على الغرض المقصود منه من مجرد الخطاب العادى . (الدكتورة أمينة النمر)

وفى ذلك تقول محكمة النقض أن " العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – بديلة لصحيفة الدعوى بها تتصل الدعوى بالقضاء وإذ لا يتعلق شرط التكليف بالوفاء بالعريضة وإنما هو شرط لصدور الأمر

وكانت الطاعنة لم تنع بأن عيب على هذه العريضة وأنصب نعيها على إجراء سابق عليها وهو التكليف بالوفاء وكانت محكمة الاستئناف قد قضت فى النزاع المطروح عليها بإلزام الطاعنة بالدين موضوع طلب أمر الأداء فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب أيا كان وجه الرأى فيه سكون غير منتج " (نقض مدنى 1979/2/27 الطعن رقم 854 لسنة 44ق)

وقضت بأنه " لما كانت محكمة الاستئناف قد فصلت فى موضوع النزاع المطروح عليها بإلزام الطاعن بالدين لما ثبت لديها من أن المخالصة التى قدمها مزورة فإنه على فرض صحة ادعاء الطاعن بأنه لم يخطر بالتكليف بالوفاء إخطارا صحيحا وان الأمر قد صدر رغم ذلك وأيده الحكم المطعون فيه فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون يكون غير منتج . (نقض 1967/11/7 الطعن رقم 386 لسنة 33ق)

وكذلك قضت بأن " إذ كان الطاعن لم ينع بأى عيب على هذه العريضة وانصب نعيه على إجراء سابق عليها وهو التكليف بالوفاء ، وكانت محكمة الاستئناف قد قضت فى النزاع المطروح عليها بإلزام الطاعن بالدين موضوع طلب أمر الأداء فإنه على فرض صحة ادعاء الطاعن بأنه لم يخطر بالتكليف بالوفاء إخطار صحيحا وأن الأمر صدر رغم ذلك وأيده الحكم المطعون فيه فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون يكون غير منتج

والتكليف بالوفاء لا يعد تنبيها قاطعا للتقادم وإنما هو مجرد انذار بالدفع . (1969/10/21 – م نقض م – 20 – 1138 – 1978/4/17 طعن 416 لسنة 45ق) ، كما أنه غير متعلق بعريضة طلب استصدار الأمر لأنه سابق عليها فلا يعتبر من قبيل المطالبة القضائية . (1989/3/28 طعن 1913 لسنة 56ق – 1989/2/27 طعن 854 لسنة 44ق) ، ومن ثم فإنه وإن كان شرطا لصدور الأمر بحيث يكون بطلانه سببا لعدم صدوره ، إلا أن هذا البطلان لا يؤثر على صحة العريضة ومن ثم صحة اتصال المطالبة القضائية بالقضاء . (1971/6/24 – م نقض م – 22 – 818 – 1969/11/20 – م نقض م – 20 – 1220 – 1967/11/7 – م نقض م – 18 – 1607) .

والملاحظ فى المادة 202 بأن المشرع قد اكتفى فى التنبيه أن يكون بكتاب مسجل بعلم الوصول ويقوم بروتستو عدم الدفع بالنسبة للأوراق التجارية مقام هذا التكليف وذلك رغبة من المشرع فى التيسير على الدائن ألا أن ذلك لا يمنع من ثبوت التكليف بالوفاء بطريق أخرى ، فقد يثبت من إنذار على يد محضر أو من محضر حجز أو حتى من صحيفة دعوى باطلة فالمهم أن يكون المدين قد تلقى تنبيها بأية صورة قانونية

التكليف بالوفاء بكتاب مسجل مع علم الوصول :

على الدائن أن يثبت حصول التكليف بالوفاء بتقديم علم الوصول الموقع عليه من المدين أو ممن تسلمه فى موطنه وكانت له صفة فى هذه الصدد ولا يمكن إثبات حصول التكليف بالوفاء إلا بإبراز علم الوصول المشتمل على توقيع المستلم ، ويكفى أن يتسلم الخطاب الموصى عليه أحد المنتسبين الى موطن المرسل إليه سواء أكان قريبا له أم صهرا أم زوجة أم أحد أحد أبنائه أم خادما أم بوابا أم سائقا يشترط أن يوقع هذا بما يفيد تسلمه للخطاب ، وعند تمسك المرسل إليه بعدم تسلمه الرسالة بمقولة أن الذى تسلمها لا علاقة له به ولم يسلمها بدوره فلا مقر من إحالة هذا الطلب الى التحقيق لاثبات هذه الواقعة المادية أو نفيها بشهادة الشهود . (دكتورة أمينة النمر)

أما إذا أثبت عامل البريد امتناع المرسل إليه عن استلام الخطاب الموصى عليه فإن التكليف بالوفاء يعتبر قد تم صحيحا وإلا كان للمرسل إليه أن يعطل نص المادة بإرادته وذلك بامتناعه عن استلام الخطاب كذلك إذا أثبت عامل البريد أنه ترك إخطار للمرسل إليه للحضور لاستلام الخطاب ألا أنه لم يحضر فإن يعد امتناعا عن الاستلام . أما إذا أثبت عامل البريد علم الاستدلال على المرسل إليه فلا يعتبر ذلك تكليفا بالوفاء ومن ثم يمتنع على القاضى إصدار الأمر فإن أصدره كان باطلا لعدم توفر شروطه ، وقد قضى بأن " لائحة البريد تقضى بتسلم الرسائل المسجلة الى شخص المرسل إليه أو نائبه أو خادمه و أحد بقاربه أو أصهاره أو الساكنين معه عند غيابه وامتناع أحدهم عن تسلم المراسلات لا اثر له فى صحة الإعلان – عدم وجوب بيان الشخص الخاطب معه أو اتباع الإجراءات المقررة فى قانون المرافعات .

بروتستو عدم الدفع فى الأوراق التجارية :

ويرمى المشرع فى إثبات أن يكون الامتناع فى شكل ورقة البروتستو الى تحقيق هدفين الأول هو إثبات الامتناع عن الوفاء إثباتا لا ينطوى إليه الشك والثانى هو إرهاب المسحوب عليه بهذه الورقة التى اشتهر مدلولها بين التجار أصبحت رمزا على انهيار الائتمان والإشراف على الإفلاس ، فالتهديد بتحرير البروتستو يجعل المسحوب عليه شديد الحرص على الوفاء بالكمبيالة فى الميعاد بل أنه قد يكون أشد حرصا على ذلك من الحامل نفسه ولا شك أن مثل هذا الحرص بدعم الثقة فى الكمبيالة ويسهل قبولها فى التداول بين المطهرين . (على البارودى) ، ويعد بروتستو عدم الدفع يقوم مقام التكليف بالوفاء بصريح نص المادة 202 مرافعات .

حصول التكليف بالوفاء على يد محضر :

لا يوجد ثمة ما يمنع أن يكون التكليف بالوفاء بواسطة إعلان على يد محضر وفقا للقواعد العامة والإعلان على يد محضر وسيلة مضمونة يتفادى بها الدائن الحريص على مصلحته الاعتراضات والادعاءات التى قد تثور بعد ذلك حول تسلم الإعلان خاصة ان المشرع يوجب على الدائن أن يرفق مع العريضة ما يثبت حصول التكليف . (م203) فإذا تم الإعلان على يد محضر فإن أصله يكون دليلا على حصول التكليف بالوفاء.

توقيع حجز تحفظى سابق على تقديم طلب أمر الأداء :

الدائن بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء إذا استصدر أمرا بتوقيع الحجز وفقا للقانون لا يلتزم بإعادة تكليف المدين الوفاء قبل تقديم العريضة على النحو المقرر فى المادة 202 وإنما يعتبر المشرع توقيع الحجز تكليفا للمدين بوفاء الدين وإجراء كافيا لإعلانه فى ذات الوقت فإذا تم توقيع الحجز التحفظى أو حجز ما للمدين لدى الغير بموجب دين تتوافر فيه شروط استصدار الأمر بالأداء

فإن محضر الحجز التحفظى أو اصل ورقة إعلان الحجز الى المحجوز لديه تكون دليل الدائن فى إثبات حصول التكليف بالوفاء . (الدكتورة أمينة النمر)

سبق إقامة دعوى للمطالبة بذات الدين :

إذا سبق إقامة دعوى للمطالبة بذات الدين وانقضت بعدئذ دون حكم فى موضوعها جاز اعتبار صحيفتها الى المدين بمثابة تكليف بالوفاء يعنى عن إعادته عملا بالمادة 202 مرافعات . (أحمد أبو الوفا)

صحيفة دعوى باطلة تعتبر تكليف بالوفاء :

يعتبر تكليفا بالوفاء دعوى بإجراءات باطلة إذ تتحول الصحيفة الباطلة الى تكليف بالوفاء . إذ المهم أن يعلم المدين بأية صورة قانونية أنه مكلف بالوفاء وأن الدائن يطالبه بذلك . (فتحى والى – عبد الباسط جميعى)

مهلة التكليف بالوفاء :

مهلة التكليف بالوفاء خمسة أيام بصريح نص المادة ومن ثم يجوز للدائن أن يمنح المدين مهلة أكبر ولكن لا يجوز أن تقل المهلة عن خمسة أيام فهذا هو الحد الأدنى إنما يراعى أنه إذا فات وقت طويل على التكليف بالوفاء فإنه ينبغى تجديده وهذا هو ما يجرى عليه العمل لأن فوات وقت طويل على التكليف بالوفاء يدعو القاضى الى التشكك فيرفض إصدار الأمر . (الدكتور عبد الباسط جميعى)

ومهلة الأيام الخمسة ما بين التكليف بالوفاء والتقدم بالعريضة هى الحد الأدنى اللازم وهى من المواعيد الكاملة التى يجب أن تنقضى قبل التقدم بعريضة أمر الأداء ، ومن ثم فإن يوم التكليف لا يحتسب وفقا لنص المادة 15 من قانون المرافعات

باعتباره اليوم الذى تم الإعلان أو الإجراء الذى يعتبر مجريا للميعاد ثم تحتسب بعد ذلك خمسة أيام وفى اليوم التالى لانقضاء اليوم الخامس يمكن للدائن أن يتقدم بعريضة الأمر بالأداء ، أى أنه لا يحتسب أيضا يوم تقديم العريضة فكأن الخمسة أيام يجب أن تنقضى كاملة دون أن يحسب فيها يوم التكليف أو يوم تقديم العريضة . (الدكتورة / أمينة النمر)

ويضاف الى هذا الميعاد مسافة بين موطن المدين ومكان الوفاء حسب الاتفاق أو حسب نصوص القانون الموضوعى الواجب التطبيق . (أبو الوفا – انظر الدكتورة / أمينة النمر حيث ترى أن ميعاد المسافة يضاف بأعمال المادة 16 مدنى على أساس المسافة بين المكان الذى يتم الانتقال منه لى المكان الذى يتم الانتقال إليه فإن ميعاد المسافة فى التكليف بالوفاء يضاف على أساس المسافة بين موطن الدين ومقر المحكمة والعلة فى هذا أن الميعاد مقرر للوفاء بالحق أو المنازعة فيه فيمتنع إصدار الأمر فى الحالتين ولذا فإن المدين له – حتى يتفادى إصدار الأمر – أن ينتقل الى مقر المحكمة لكى يثبت الوفاء أو ينازع فى الحق ولذات السبب المتقدم إذا صادف آخر يوم فى الميعاد عطلة رسمية يمتد الى أول يوم عمل بعدها وفقا لنص المادة 3/18 مرافعات) .

والعبرة بتبين صدور الأمر من القاضى المختص ، بالصفة التى أصدره القاضى بموجبها لا بالصفة التى وصف بها فى العريضة ، فإذا وجه الطلب الى قاضى الأمور الوقتية ولكنه صدر من رئيس المحكمة فإن ذلك يعنى أنه صدر منه بموجب سلطته القضائية لا الولائية فيكون وقد صدر من القاضى المختص بإصداره . (1972/5/11 – م نقض م – 23 – 872) ، ويتعين على القاضى أن يثبت من اختصاصه نوعيا وقيميا ومحليا فإن تبين أنه غير مختص وجب عليه رفض إصدار الأمر

ولو كان عدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام . (أمينة النمر بند 74) ، وترتيبا على ذلك فإن العريضة التى تقدم الى قاضى غير مختص لا تنتج أثرها فى قطع التقادم لأن القاضى فى هذه الحالة لا يقرن قراره بالرفض بتحديد جلسة ولا يحيل الطلب الى المحكمة المختصة .

أمينة النمر فى البنود 74 ، 88 ، 91 – فتحى عبد الصبور فى بحثه المنشور بالمجموعة الرسمية س61 ص542 وقارن سيف ص735 والوشاحى ص72) .

الفصل الثانى : ما يتعين تقديمه لاستصدار أمر الأداء

تنص المادة 203 من قانون المرافعات على أنه " يصدر الأمر بالأداء بناء على عريضة يقدمها الدائن أو وكيله يرفق بها سند الدين وما يثبت حصول التكليف بوفائه ويبقى هذا السند فى قلم الكتاب الى أن يمضى ميعاد التظلم " .

ويجب أن تحرر العريضة من نسختين متطابقتين وأن تشتمل على وقائع الطلب وأسانيده واسم المدين كاملا ومحل إقامته وترفق بها المستندات المؤيدة لها وان يعين الطالب فيها موطنا مختارا له فى دائرة اختصاص المحكمة فإن كان مقيما خارج هذه الدائرة تعين عليه اتخاذ موطن مختار فى البلدة التى بها مقر المحكمة .

ويجب أن يصدر الأمر على إحدى نسختى العريضة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تقديمها وأن يبين المبلغ الواجب أداؤه من اصل وفوائد أو ما أمر بأدائه من منقول حسب الأحوال ، وكذا المصاريف .

وقد جاء فى تعليمات وزارة العدل التى أصدرتها بمناسبة القانون 100 لسنة 1962 : أ- ألغى القانون من المادة 853 الحكم القاضى باعتبار الأمر بالأداء بمثابة حكم غيابى وعنى بأن يبرز بجلاء صفة الأمر باعتباره أمرا وليس حكما واحتفاظه بهذه الصورة حتى صدوره . ب- لا يقبل من الدائن طلب الأمر بالأداء إلا إذا كانت عريضته مصحوبة بما يدل على أداء الرسم النسبى كاملا وذلك فى حدود المادة 9 من قانون الرسوم رقم 90 لسنة 1944 ، جـ- إذا امتنع القاضى عن إصدار أمر الأداء وحدد جلسة لنظر الدعوى مع تكليف الطالب بإعلان خصمه فتتبع الإجراءات التى أوجبها القانون على أقلام الكتاب والمحضرين فى شأن رفع الدعاوى . د- بما أن القانون قد ابرز صفة الأمر باعتباره أمرا

وليس حكما غيابيا واتجه الى أن يكون الطعن فيه فى صورة تظلم تراعى فيه الأوضاع المقررة لرفع الدعوى ، وليست فى صورة معارضة فى حكم غيابى – فإن التظلم من الأمر يخضع من حيث الرسم المستحق عليه الى نصوص المواد 1 فقرة 2 ، 6 فقرة 4 قسم أول و76 فقرة 15 من قانون الرسوم رقم 90 لسنة 1944 ويكون هذا الرسم ثابتا مخفضا الى النصف حسب درجة المحكمة المرفوع إليها التظلم ، والاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر فى التظلم المذكور يخضع لنفس الرسم الثابت طبقا للأحكام المشار إليها .

وعريضة طلب أمر الأداء بديلة عن صحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء . (1989/3/28 طعن 1563 لسنة 56ق)

ومن ثم فإن تقديم هذه العريضة يعتبر قاطعا للتقادم ولا يغير من هذا النقد عدم النص فى المادة 208 على هذا الأثر . (1975/6/25 – م نقض م – 26 – 1292 – 1980/2/13 طعن 415 لسنة 46ق) ، ومن ثم يجب ان تتضمن كافة البيانات الجوهرية التى يتعين أن تتوافر فى صحيفة الدعوى وفق المادة 63 ومن بينها اسم الدائن ولقبه أو وظيفته وموطنه . (1978/1/4 – م نقض م – 29 – 87) . ولا ينفى اعتبار العريضة بديلا لصحيفة الدعوى ومن ثم ترتيبها كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى ، أن تضفى صفة المدعى حكما على المدين التظلم من أمر الأداء ، ويظاهر ذلك أن المشرع اشترط أداء رسم الدعوى كاملا عند تقديم طلب الأمر ، كما أجاز الطعن فيه بطريق الاستئناف مباشرة من سقط حقه فى التظلم . (1978/1/4 – م نقض م – 29 – 87)

والمقصود بمحل إقامة المدين هو موطنه قياسا على موطن المدعى فى صحيفة الدعوى (سيف بند 601)

ويجب أن يتضمن الطلب كذلك بيان اسم الدائن أو وكيله وموطنه وأن يكون ذلك على نحو ينفى الجهالة به . (رمزى سيف بند 601 – الوشاحى ص68) .

وإذا كان الموطن الاصلى للدائن يقع فى دائرة اختصاص المحكمة وأفصح عن هذا الموطن ولكنه لم يصرح باتخاذه موطنا مختارا فقد ذهب البعض الى أنه يعتبر مخلا بالتزامه ، ومن ثم يجوز اعلانه بكافة الأوراق بقلم الكتاب .(الوشاحى ص64 ، 65) فى حين ذهب البعض الى ان تصريحه بموطنه الاصلى يعتبر بمثابة اتخاذه اياه موطنا مختارا ومن ثم يجب اعلانه بجميع الاوراق فى موطنه الاصلى . (سيف بند 601 – أمينة النمر بند 65) . أما اذا لم يكن للدائن موطن بدائرة اختصاص المحكمة فإنه يتعين ان يتخذ له موطنا مختارا فى البلدة التى بها مقر المحكمة ولا يكفى أن يكون فى دائرة اختصاص المحكمة كما لا يشترط ذلك فيجوز اتخاذ الموطن المختار فى البلدة التى بها مقر المحكمة ولو كان خارج دائرة اختصاصها كما لو اتخذ له موطنا بدائرة محكمة عابدين فى طلب تقدم به الى قاضى محكمة الموسكى . (رمزى سيف) ، وإذا لم يبين الدائن فى عريضة استصدار الأمر موطنه الاصلى فإنه يحق لمن صدر الامر أن يعلنه بصحيفة التظلم أو الاستئناف فى موطنه المختار المبين بها . (1978/1/4 – م نقض م – 293 – 87)

ويجب أن تتضمن العريضة وقائع الطلب وأسانيده :

يجب أن تتضمن العريضة وقائع الطلب وأسانيده ويقصد بالوقائع بيان المبلغ المطلوب وفوائده أو بيان المنقول ونوعه ومقداره والمصاريف ولا يغنى عن ذلك ارفاق سند الدين كما لا يعنى بيان اصلى عن بيان الفوائد . (سيف بند 601 – الوشاحى ص62 – محمد حامد فهمى ومحمد عبد الله بند 512) ، وفى حالة المطالبة بمنقول معين بنوعه ومقداره لا يجوز أن تتضمن العريضة طلب قيمته عوضا عنه إلا إذا قدم الدائن كتابة تفيد استحالة التنفيذ العينى وتحوله الى مبلغ من النقود . (النمر بندى 43 ، 61) ، أما اسانيد الطلب فهى الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى تدعم الطلب ويعتبر البيان المتعلق بالوقائع والاسانيد بمثابة الاسباب التى يصدر على اساسها الأمر سيف ص728) ، فإذا تخلف هذا البيان بطلب العريضة والأمر الصادر بناء عليها.

ويكون الأمر الصادر من القاضى باطلا إذا لم تتضمن توقيعه وتاريخ اصداره وكذلك يتعين ان يتضمن الامر الصادر من القاضى توقيعه وتاريخ اصداره له وإلا كان الأمر باطلا كما يبطل الأمر الصادر بإجابة الطلب إذا لم يتضمن بيان المبلغ الذى أمر به من أصل وفوائد أو ما أمر به من منقول معين بنوعه ومقداره أو معين بذاته وكذلك المصاريف ولا يكفى إيراد هذه البيانات فى عريضة استصدار الأمر لأن النص استوجب إيرادها فى الأمر الصادر من القاضى . (أمينة النمر) ، ولا يلتزم القاضى بتسبيب الأمر سواء صدر بالقول أو بالامتناع ، فإذا كان قد صدر بإجابة الطلب فإن ما ورد فى الطلب من وقائع واسانيد والمستندات المرفقة بالطلب اسبابا لقرار القاضى ، فإذا خلت العريضة من بيان الوقائع والأسانيد وخلا الأمر من الأسباب فإنه يقع باطلا . (فتحى عبد الصبور) ، ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن أمر الأداء يصدر بغير اسباب فلا تكون ثمة احالة إليه من الحكم المطعون فيه وبالتالى لا يلزم ايداع صورة الحكم المطعون فيه فى ظل القاعدة التى كانت تشترط لقبول الطعن بالنقض ايداع صورة رسمية من الحكم المطعون فيه وما أحال إليه من أحكام سالفة . (1971/6/24 – م نقض م – 22 – 823)

ويجب أن يكون الطلب موقعا من محام مقرر أمام المحاكم الابتدائية إذ كان مقدما الى قاضى الأداء بها أو من محام مشتغل متى قدم الى قاضى الأداء بالمحكمة الجزئية وجاوزت قيمته خمسين جنيها عملا بنص المادة 58 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983) ، ويترتب على مخالفة هذا الحكم البطلان عملا بصريح نص الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة . (1975/6/30 طعن 379 لسنة 40ق)

ويلاحظ أن المادة أجازت تقديم طلبات الأداء غير موقعة من محام إذ كانت قيمة المطلوب لا تجاوز خمسين جنيها وهو ما كان يتفق مع النصاب الانتهائى للمحكمة الجزئية ، وقد رفع هذا النصاب بموجب التعديل الذى أدخله القانون 23 لسنة 1992 على المادة 42 مرافعات الى خمسمائة جنيه ، ولكن المادة 58 من قانون المحاماة لم يرد عليها تعديل مماثل بما يوجب التوقيع على طلب أمر الأداء من محام مشتغل متى جاوزت قيمته خمسين جنيها لو قلت عن خمسمائة جنيه . (المستشار كمال عبد العزيز)

ويحوز أمر الأداء حجية الأمر المقضى على النحو الذى تثبت للأحكام . (أمينة النمر بند 153 – حامد فهمى ومحمد عبد الله ص46 – فتحى عبد الصبور فى البحث السابق – والى بند 403) ، ومن ثم تمتنع العودة عن طريق الطعن فى أمر الأداء والعودة الى مناقشة أحقية الدائن للمبلغ أو المنقول الذى صدر به وكونه بالالتزام به حال الأداء ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها . (1974/2/11 – م نقض م – 15 – 327) إلا أن صدوره بالأجرة الاتفاقية المنصوص عليها فى عقد ايجار مكان مما يخضع لقوانين ايجار الأماكن دون ان يعرض لقانونية تلك الأجرة فإنه لا يحوز حجية فى هذا الصدد ولا يحول دون اقامة دعوى بتحديد الأجرة القانونية . (1977/1/5 – م نقض م – 28 – 174) . وهو بهذه المثابة يصلح لاستصدار أمر بالاختصاص وفقا للمادة 1085 مدنى . (1963/4/4 – م نقض م – 14 – 475) كما يصلح ولو لم يكن نهائيا سندا تنفيذيا فى اجراءات التنفيذ العقارى (1968/2/1 – م نقض م – 19 – 195) .

ومن كل ما سبق يمكن حصر إجراءات الطلب فى الآتى :

إجراءات الطلب :

يحصل الطلب بعريضة تقدم من الدائن أو وكيله الى القاضى المختص بإصدار الأمر ويجب أن تستوفى الشروط الآتية :

أولا : يجب أن تكون العريضة من نسختين متطابقتين ومشتملة على وقائع الطلب واسانيده ، فيذكر بها المبلغ المطلوب دفعه من أصل وفوائد ومصاريف ، وتشتمل المصاريف على كافة ما تحصله الدائن من نفقات فى سبيل المطالبة بدينه بما فى ذلك مصاريف استصدار الأمر على العريضة بأداء الدين . (الشرقاوى) ، ويتعين أن تتوافر فى العريضة كافة البيانات الجوهرية من اسم المدين ولقبه وموطنه واسم الدائن ولقبه وموطنه ، وإذا لم يذكر اسم الدائن أو المدين أو موطن الأخير كان الاعلان باطلا ، ويوجب القانون أن يعين الدائن فى العريضة موطنا مختارا له فى دائرة اختصاص المحكمة ، فإن كان مقيما خارج هذه الدائرة تعين عليه اتخاذ موطن مختار فى البلدة التى بها مقر المحكمة (م 203)

وتقول المذكرة التفسيرية للقانون رقم 485 لسنة 1953 أنه قد لوحظ ان نص المادة 853 فى القانون رقم 265 لسنة 1952 (م 203 من القانون الجديد) ، يلزم الدائن لدى تقديم العريضة بأن يعين فيها موطنا مختارا له فى ذات البلدة التى بها مقر المحكمة ولما كان تحديد الجهة على هذا الوجه يقضى فى أغلب الأحيان الى أن يتخذ الدائن هذا الموطن المختار (مكتب محام) ، وفى هذا إرهاق للدائن خاصة وأنه طبقا للمبادئ الهامة فى المرافعات ليس لزاما ان يكون الموطن المختار مكتب محام إذ يجوز أن يكون محلا آخر اختاره الدائن لاعلان الأوراق إليه فيه . لهذا كله رؤى تعديل المادة بحيث يجوز للدائن فى الأحوال التى يقيم فيها فى دائرة اختصاص المحكمة أن يتخذ موطنه الاصلى هذا محلا مختارا لاعلان الأوراق فيه فإن كان مقيما خارج دائرة اختصاص المحكمة تعين عليه فى هذه الحالة أن يتخذ موطنه المختار فى ذات البلدة التى بها مقر المحكمة .

وإذا أغفل الدائن تحديد موطن مختار له فى العريضة ولم يكن مقيما فى دائرة اختصاص المحكمة فلا تبطل العريضة وإنما يجوز إعلانه فى قلم الكتاب بجميع الأوراق التى كان يصح إعلانه بها فى الموطن المختار ، ومن بين هذه الأوراق = التى يصح إعلانه بها فى قلم الكتاب – صحيفة النظام من الأمر الصادر بالوفاء ، وذلك عملا بالمادة 12 .

ويجب توقيع المحامى على طلب الأداء فى الأحوال التى يوجبها قانون المحاماة وإلا كان طلب الأداء باطلا . (نقض 1975/6/30 الطعن رقم 379 لسنة 40ق)

ثانيا : يجب أن يكون طلب الدائن مصحوبا بدفع الرسم بأكمله (م 1/208) ، وذلك لأنه هو الملزم فى الأصل يرفع الدعوى وبأداء الرسم كاملا عملا بالقواعد العامة ، وإذا قضت المحكمة بعدم قبول تظلم المدين أو برفضه قضت عليه بالمصاريف ، عندئذ يكون قد تحمل رسم الأمر ورسم النظام ، شأنه شأن المدين الذى ترفع عليه دعوى بالطريق المعتاد ثم يطعن فى الحكم الصادر فيها ويفشل فيها .

ثالثا : يجب أن يرفق بالطلب سند الدين وما يوجد لدى الدائن من المستندات المؤيدة لطلبه ويبقى هذا السند فى قلم الكتاب الى أن يمضى ميعاد التظلم . (م 203)

رابعا : يلزم أن يرفق بطلب الدين ما يثبت حصول التكليف بوفائه إذ توجب المادة 202 على الدائن أن يكلف المدين أولا بالوفاء ، ويكفى أن يكون هذا التكليف بكتاب موصى علبه بعلم الوصول ، وجاء فى المذكرة التفسيرية لقانون 1952 ما يلى : أما شكل التكليف بالوفاء الذى أوجب القانون على الدائن القيام به قبل طلب الأداء ، فالمادة 2/19 من القانون المدنى

أشارت الى أن الاعذار قد يتم بطريق البريد ، أضافت الى ذلك عبارة (على الوجه المبين بقانون المرافعات) ، ولما كان الإعلان بطريق البريد على هذا الوجه هو إجراء استحدثه قانون المرافعات (وقد ألغى بمقتضى القانون رقم 100 لسنة 1962) ،

وليس فيه التيسير الملحوظ فى مجرد إرسال كتاب موصى عليه بعلم الوصول فإنه رؤى أن ينص على أن يكون التكليف بالوفاء المنصوص عليه فى المادة 852 من القانون المشار إليه (م 202 من القانون الجديد) كافيا بإرسال كتاب موصى عليه بعلم الوصول ، ويستند هذا التعديل الى الرغبة فى القصد من الإجراءات القضائية والحد من نفقاتها .

وتوجب المادة 202 أن يتم التكليف بالوفاء قبل تقديم العريضة الى القاضى بخمسة أيام كاملة على الأقل ، وتراعى القواعد العامة فى احتساب هذا الميعاد فلا يحتسب يوم وصول التكليف ولا يوم تقديم الطلب .

وعلى الدائن أن يثبت حصول التكليف بالوفاء بتقديم علم الوصول الموقع عليه من المدين أو ممن تسلمه فى موطنه وكانت له صفة فى هذا الصدد وفى عبارة محكمة النقض : التكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعتبر تنبيها قاطعا بالتقادم وإنما هو مجرد إنذار بالدفع .... والتنبيه القاطع للمدة هو المشتمل على إعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء . (نقض 1969/10/31 – 20 – 1238) . ولا يمكن إثبات حصول التكليف بالوفاء إلا بإيراد علم الوصول المشتمل ، وليس هناك ما يمنع من حصول التكليف بالوفاء على يد محضر ،

وفى هذه الحالة يكون أصل الإعلان دليلا على حصوله ، وإذا سبق إقامة دعوى للمطالبة بذات الدين ، وانقضت بعدئذ دون حكم فى موضوعها ، جاز اعتبار إعلان صحيفتها الى المدين بمثابة تكليف بالوفاء يغنى عن إعادته عملا بالمادة 202 (استئناف القاهرة 1965/1/16 مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة 11 ص547) .

وإذا كان حق الدائن ثابتا بورقة تجارية ، وكان قد سبق عمل بروتستو عدم الدفع ، وأعلن للمدين الاصلى فإن هذا الإعلان يعتبر بمثابة تكليف بالوفاء . أما إذا لم يقم الحامل بعمل البروتستو وجب التكليف بالوفاء بخطاب موصى عليه بعلم الوصول أو على يد محضر . (محسن شفيق) ، وفى عبارة محكمة النقض " أن بطلان أمر الأداء ذاته ولو كان الدين الصادر به الأمر ثابتا بحق المدين" (نقض 1980/4/28 الطعن رقم 48 سنة 7ق) (انظر أبو الوفا – محسن شفيق – الديناصورى وعكاز – عبد العزيز – عبد اللطيف)

الفصل الثالث : الاختصاص الولائى والنوعى والقيمى والمحلى

فى استصدار أوامر الأداء

عدم اختصاص القضاء الإدارى بإصدار أوامر الأداء :

من المقرر أن القضاء الإدارى لا يعرف نظام أوامر الأداء وبالتالى فهو غير مختص بإصدار أوامر أداء حتى ولو توافر فى الدين شروط استصدار أمر الأداء إذ يتعين فى هذه الحالة أن يطالب بحقه عن طريق رفع دعوى مبتدأة أمام المحكمة المختصة . (الديناصورى وحامد عكاز) وقد ذهبت المحكمة الإدارية الى أن نظام أوامر الأداء يقوم أساس على نظام الأحكام الغيابية والمعارضة فيها إذ أن أمر الأداء يعتبر دائما بمثابة حكم غيابى يقبل الطعن فيه بالمعارضة (التظلم) دائما وهو نظام يتعارض صراحة مع قانون مجلس الدولة فى أصول نظامه الذى لا يسمح بالمعارضة فى الأحكام الصادرة منه بهيئة قضاء إدارى . (المحكمة الإدارية العليا حكم فى 1958/6/7 مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا السنة 3 ص137) ، وقد أكد الشراح الاتجاه الذى أخذت به المحكمة الادارية العليا أدنى الى الصواب ويؤيده فضلا عن الاعتبارات التى ذكرتها المحكمة أنه أكثر اتفاقا مع قصد المشرع فلو أن المشرع قصد تطبيق نظام أوامر الأداء على الديون التى تكون المطالبة بها من اختصاص القضاء الإدارى لنص على ذلك وقد اتيحت له الفرصة فى مناسبات عدم ليقرر ذلك فلو أنه أراد إذ عدل قانون مجلس الدولة بعد صدور قانون مجلس الدولة بعد صدور قانون المرافعات الجديد أكثر من مرة . (رمزى سيف) وذهب رأى آخر الى أن القاضى المختص باصدار أوامر الأداء

وهو يعتبر فرعا من جهة القضاء العادى يختص بإصدار أمر أداء بالحق فى كل حالة يثبت فيها الاختصاص لجهة القضاء العادى سواء بنص القانون صراحة أو لعدم توافر شروط اختصاص القضاء الادارى فمتى توافرت شروط الالتجاء الى طريق أوامر الأداء يجب اتباعه طالما أن المنازعة من اختصاص المحاكم الادارية ويستوى فى ذلك أن تكون الحكومة دائنة أو مدينة ، وإذ صدر أمر الأداء ضد الحكومة يمكن اتخاذ اجراءات التنفيذ ضدها طالما أنها تتم على أموالها الخاصة.

الاختصاص النوعى :

تنص المادة 1/202 من قانون المرافعات على أنه " على الدائن أن يكلف المدين أولا بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل ثم يستصدر أمرا بالأداء من قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين أو رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية حسب الأحوال ما لم يقبل المدين اختصاص محكمة أخرى بالفصل فى النزاع.

فى حالة ما إذا كان الدين المطالب به تجاريا ويدخل فى نصاب القاضى الجزئى وكان قد صدر قرار من وزير العدل بإنشاء دوائر تجارية جزئية كما هو الشأن فى الاسكندرية والقاهرة فإن قاضى تلك المحكمة يكون وحده هو المختص باصدار أمر الأداء واختصاصه فى هذا الشأن نوعى ومتعلق بالنظام العام أما فى دوائر المحاكم التى لم يشأ فيها قضاء جزئى تجارى فإن قاضى المحكمة الجزئية يختص بنظر جميع أوامر الأداء سواء المدنية أو التجارية التى تدخل فى اختصاصه القيمى ، أما إذا كان المبلغ المطالب به يزيد على نصاب القاضى الجزئى فإن الاختصاص بإصدار الأمر يكون لأى رئيس دائرة بالمحكمة الابتدائية سواء كانت تنفرج بنظر القضايا المدنية أو التجارية لأن توزيع العمل على الدوائر إنما هو توزيع داخلة تقرره الجمعية العمومية للمحكمة ولا يعد من قبيل الاختصاص النوعى

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى الطعن رقم 230 لسنة 37ق والذى جاء فيه " متى كان يبين من الأوراق أن أمر الأداء وإن وجه طلبه الى قاضى الأمور الوقتية ، إلا أنه يبين من الصورة الرسمية لهذا الأمر أن الذى أصدره هو .... بوصفه رئيسا للمحكمة وليس بصفته قاضيا للأمور الوقتية ، ومؤدى ذلك أنه أصدر هذا الأمر بمقتضى سلطته القضائية لا سلطته الولائية ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بمقولة أنه قضى بتأييد أمر الأداء رغم بطلانه لصدوره ممن لا ولاية له.

وفى حالة ما إذا أصدر أمر الأداء قاض بالمحكمة أو رئيس محكمة عضو بالدائرة رئيسا لها فإن الأمر يكون قد صدر من قاض غير مختص نوعيا بإصدار الأمر ، ذلك أن النص أوجب صدور الأمر من رئيس دائرة ، أما فى حالة غياب رئيس الدائرة فإن رئيس المحكمة أو القاضى الذى رأس الدائرة يكون هو المختص بإصدار أمر الأداء ولا ينال من ذلك اشتراط النص صدور الأمر من رئيس الدائرة.

الاختصاص القيمى :

بالنسبة للاختصاص القيمة فإن القاضى الجزئى يختص بإصدار أوامر الأداء إذا لم ترد قيمة المبلغ المطالب به على عشرة آلاف جنيه وما زاد عن ذلك يختص به رئيس الدائرة فى المحكمة الابتدائية .

ويتبع فى تقدير قيمة الحق ذات النصوص عليها فى تقدير الدعاوى ومن ثم فإنه عملا بنص المادة 36 فإنه إذا كان المطلوب نقودا فإن قيمته تقدر بقيمة الاصل والفوائد والمصاريف أما إذا كان المطلوب منقولا فإنه يخضع لقواعد التقدير العادية إذا لم يكن مقدر القيمة

وعملا بنص المادة 6/37 مرافعات فإن المحاصيل (المثلية) تقدر قيمتها على حسب أسعارها فى اسواقها العامة ، والاختصاص بحسب قيمة الدعوى م النظام العام . (نقض 1957/2/28 الطعن رقم 110 لسنة 33ق) .

الاختصاص المحلى :

الاختصاص المحلى طبقا لنص المادة يصدر الأمر من قاضى محكمة المواد الجزئية التابع لها موطن المدين أو رئيس الدائرة وذلك ما لم يقبل المدين اختصاص محكمة أخرى ، وعلى ذلك فإن الاختصاص المحلى فى اصدار أوامر الأداء يطابق ما هو وارد فى القاعدة العامة فى الاختصاص المحلى للمحاكم فى الدعاوى التى ترفع ابتداء وترتيبا على ذلك يكون الاختصاص للمحكمة التى يقيم فى دائرتها المدين عادة ما لم يتضمن سند المديونية المكتوب اتفاق على اختصاص محكمة أخرى .

ويثور البحث فى حالة ما إذا كان السند لا يتضمن اتفاقا على اختصاص محكمة خلاف موطن المدين وتقدم الدائن بأمر الأداء الى محكمة لا يقيم فيها المدين .

وذهب رأى الى أنه يتعين على القاضى فى هذا الفرض أن يرفض اصدار الأمر ويحدد جلسة لنظر الموضوع ، ذلك أنه وأن كان الاختصاص المحلى غير تعلق بالنظام العام إلا أنه نظرا لأن استصدار أوامر الأداء نظام استثنائى لا يتاح فيه للمدين ابداء دفاعه قبل صدور الأمر وبالتالى فلم يكن فى استطاعته الدفع لعدم الاختصاص

ومن ثم يتعين رفض الأمر لاعطاء فرصة له ليبدى هذا الدفع إذا شاء عند رفع الدعوى ، ولا يرد على هذا الرأى بأن المدين كان يستطيع أن يرسل خطابا مسجلا لقاضى الأداء يتمسك فيه بهذا الدفع لأن ارسال خطاب بدفع أو دفاع فى أمر الأداء أمر لم ينص عليه القانون وبالتالى فلا يترتب عليه أى أثر . (الديناصورى وعكاز)

وينبغى أن يوقع أمر الأداء من محام مقيد أمام المحكمة الابتدائية إن كان مقدما الى رئيس دائرة بالمحكمة الابتدائية كما يتعين أن يوقع من محام مشتغل إذا قدم الى قاضى المحكمة الجزئية وجاوزت قيمته خمسين جنيها عملا بالمادة 58 من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 غير أن الملاحظ أنها أجازت تقديم طلبات الأداء غير موقعة من محام إذ كانت قيمة المطلوب لا تجاوز خمسين جنيها وهو ا كان يتفق مع النصاب الانتهائى للمحكمة الجزئية ، وقد رفع هذا النصاب بموجب التعديل الذى أدخله القانون 23 لسنة 1992 على المادة 42 مرافعات الى خمسمائة جنيه ثم رفع مرة أخرى بمقتضى القانون 18 لسنة 1999 الى ألفى جنيه ولكن المادة 58 من قانون المحاماة لم يرد عليها تعديل مماثل بما يوجب التوقيع على طلب أمر الأداء من محام مشتغل متى جاوزت قيمته خمسين جنيها وإن قلت عن ألفى جنيه . (كمال عبد العزيز)

وإذا قدم أمر الأداء بدون توقيع محام فى الحالات التى وجب فيها القانون ذلك فإنه يمتنع على القاضى المقدم إليه الطلب أن يصدر الأمر فإن فات عليه ذلك وأصدره وطعن عليه بالتظلم تعين على محكمة التظلم أن تقضى بإلغاء الأمر

لأن الجزاء على مخالفة توقيع المحامى هو البطلان عملا بصريح نص الفقرة الأخيرة من المادة 58 سالفة الذكر . (الديناصورى وعكاز) وإذا فات على محكمة تظلم هذا الأمر أيضا يجوز لصاحب الشأن ان يرفع دعوى ببطلان هذا الأمر ولا يجوز هذا الأمر أى حجية بأى حال من الأحوال .

أحكام النقض :

لا وجه للقول ببطلان أمر الأداء لعيب فى التكليف بالوفاء لأن هذا العيب سابق على الطلب المقدم لاستصدار أمر الأداء وهو لم يكن محل نعى من جانب الطاعن والعريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء – هى بديل ورقة التكليف بالحضور –

وبها تتصل الدعوى بالقضاء ولا يتعلق شرط التكليف بالوفاء بالعريضة ذاتها ، وإنما هو شرط لصدور الأمر (نقض 1971/6/24 سنة 22 ص818) .

التكليف بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعد تنبيها قاطعا للتقادم . (نقض 1978/4/17 طعن رقم 416 لسنة 45ق)

الفصل الرابع : سلطة القاضى فى إصدار أمر الأداء

تنص المادة 204 من قانون المرافعات على أن " إذا رأى القاضى إلا يجيب الطالب الى كل طلباته كان عليه أن يمتنع من اصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها ، ولا يعتبر رفض شمول الأمر بالنفاذ لبعض الطلبات فى حكم الفقرة السابقة " .

اختلف الرأى حول سلطة القاضى فى اصدار قرار برفض الأمر أو الامتناع عن اصداره مع تحديد جلسة ، فذهب الرأى السائد الى أنه يمتنع على القاضى فى كل الأحوال اصدار قرار برفض الأمر وإنما يتعين عليه فى جميع الأحوال التى لا يرى فيها توافر شروط اصدار الأمر ، أن يمتنع عن اصداره مع تحديد جلسة لنظر الدعوى يستوى أن يرجع ذلك الى عدم اختصاصه أو لعيب شكلى فى الاجراءات أو لسبب موضوعى يتصل بشروط الحق المطلوب ، ذلك أن رفض الأمر هو فصل فى الدعوى برفضها وهو ما لم يخوله له المشرع ، وإذا اكتفى القاضى بتحديد الجلسة فإن ذلك يعنى بداهة امتناعه عن اصدار الأمر . (يراجع فى هذا الرأى سيف بند 604 والى بند 400 - الديناصورى وعكاز ص790 - الوشاحى بند 72) .

وإذا امتنع القاضى عن اصدار الأمر ولكنه لم يحدد جلسة لنظر الدعوى فإنه يمكنه تلاقى هذا النقص من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الدائن كما يستطيع الدائن تحديد جلسة يعلن بها خصمه . (الوشاحى بند 72)

ويرى البعض الآخر أن تحديد الجلسة لا يكون إلا حيث يرجع الامتناع الى تخلف شروط قبول الدعوى وهى المصلحة والصفة ، أما إذا كان الامتناع لغير ذلك من الاسباب فإن القاضى لا يحدد جلسة ويكون للدائن أن يحدد طلبه استيفاء ما كان ينقصه .(محمد حامد فهمى ومحمد عبد الله فى التنفيذ بند 510) ، بينما يرى آخرون أن نص المادة قاصر على سلطة القاضى فى حالة تخلف أحد الشروط الموضوعية إذ فى هذه الحالة يحدد القاضى جلسة . أما إذا كان الامتناع مرجعه عيبا فى الاختصاص أو سائر الشروط الشكلية الأخرى كعدم أداء الرسم كاملا أو عدم التكليف بالوفاء فى الميعاد أو بطلان العريضة لنقص أحد بياناتها الأساسية فإن القاضى يكتفى بإصداره قرار بالرفض دون تحديد جلسة ، ويعتبر هذا القرار أمرا على عريضة يقبل التظلم منه وفقا لاجراءات التظلم فى الأوامر على عرائض ويمكن للدائن تجديد طلبه بعد اعادة الاجراءات صحيحة . (أمينة النمر بندى 87 ، 107 – فتحى عبد الصبور)

وفى عبارة محكمة النقض " بأن نص المادة 304 يدل على أن المشرع أوجب على القاضى متى لم ير توافر شروط اصدار الأمر بالأداء فى الدين موضوع المطالبة أو رأى ألا يجب الطالب لبعض طلباته ، أن يمتنع عن اصداره ويحدد جلسة أمام المحكمة يتبع فيها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – القواعد والاجراءات العادية للدعوى المبتدأة دون نظر الى اجراءات طلب أمر الأداء التى انتهت بالرفض.

استثناء من وجوب الامتناع عن اصدار أمر الأداء :

ويستثنى من وجوب الامتناع عن اصدار الأمر إذا رأى القاضى عدم اجابة الطالب لبعض طلباته ، حالتان أولاهما : إذا طلب منه اصدار أمر الأداء وبصحة الحجز التحفظى المتوقع اقتضاء له إذ يجوز للقاضى اصدار أمر الأداء

ويرفض طلب صحة الحجز (1971/6/4 – م نقض م – 22 –818) ، وثانيهما : إذا طلب منه الدائن شمول أمر الأداء النفاذ المعجل إذ يملك القاضى اصدار الأمر ورفض شموله بالنفاذ المعجل عملا بالفقرة الثانية . (المستشار كمال عبد العزيز)

واجراءات استصدار أمر الأداء عند توافر الشروط التى يتطلبها القانون اجراءات تتعلق بشكل الخصومة ولا تتصل بموضوع الحق المدعى به أو شروط وجوده ومن ثم فإن القضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها الى المحكمة مباشرة المطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء ، هو فى حقيقته قضاء ببطلان الاجراءات لعدم مراعاة الدائن القواعد التى فرضها القانون لاقتضاء دينه بما مؤداه أنه ما لم تتوافر الدعوى وشروط قبولها ، فإنه يمتنع على القاضى أن يخوض فى موضوع الحق المدعى به أو ما تعلق به من دفوع ودعاوى فرعية ، ولا يكون من شأن ما يصدره فى هذا الخصوص من أحكام ترتيب أى أثر كما لا تحوز حجية ما ، فلا يمتنع على الخصوم معاودة اثارة ما فصل فيه فى دعوى لاحقة . (الطعن رقم 955 لسنة 71ق جلسة 2002/2/27) .

وإذا امتنع القاضى عن اصدار الأمر مع تحديد جلسة نظر الدعوى أمام المحكمة وتكليف الطالب بإعلان خصمه بها ، فقد جرى قضاء محكمة النقض على أنه يتعين على الطالب فى هذه الحالة أن يتبع القواعد والاجراءات العادية للدعوى المبتدأة دون نظر الى اجراءات طلب أمر الأداء التى انتهت بالرفض . (1969/5/6 – م نقض م – 20 – 732 – 1979/3/7 – م نقض م – 30 العدد الأول – 736 – 1986/1/8 طعن 633 لسنة 52ق –1989/5/14 طعن 1916 لسنة 54ق) ، ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن اعلان عريضة الطلب مذيلة بأمر الرفض والتكليف بالحضور لسماع الحكم بالطلبات يكفى لانعقاد الخصومة ولو كان مبنى رفض اصدار الأمر بالأداء أن الطلب فى غير حالاته . (1984/5/3 طعن 1275 لسنة 50ق)

ومن المقرر طبقا للمادة 201 أن اجراءات المطالبة بطريق أمر الأداء بالديون التى لا تتوافر فيها شروط هذه المادة تعتبر اجراءات باطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام بما يمتنع معه الاعتداد بها أو ترتيب أى أثر عليها . (1982/2/28 طعن 1329 لسنة 48ق فى تعلق اجراءات التقاضى بالنظام العام وجوا التمسك بالدفع المتعلق بمخالفتها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصره مطروحة - ويراجع فى ذلك 1989/6/19 طعن 763 لسنة 53ق - 1985/3/17 طعن 2110 لسنة 51ق ويراجع 1977/58/27 - م نقض م - 28 - 1508 فى تطبيق القاعدة المذكورة على بطلان اجراءات ادخال خصم جديدا فى الدعوى للاكتفاء فى ادخاله بتكليفه مباشرة بالحضور فى الجلسة دون أن يسبق ذلك ايداع صحيفة الادخال قلم الكتاب) ، ولا ينال مما تقدم ما جرت به أحكام النقض من اعتبار عريضة طلب الأداء بمثابة صحيفة الدعوى وترتيب آثار المطالبة القضائية على تقديمها إذ أن اجراءات الطلب بما فيها الآثار التى ترتبت على تقديمه قى انقضت بصدور قرار القاضى بالرفض فى صورة امتناعه عن اصدار الأمر ، كما أن المقصود بما تردد فى أحكام النقض من اعتبار عريضة طلب الأداء بمثابة صحيفة افتتاح الدعوى يقتصر على أمرين أولهما ضرورة أن تشتمل العريضة على البيانات الجوهرية وتلك الصحيفة حسبما بينتها المادة 63 مرافعات (1978/6/14 طعن 211 لسنة 44ق - م نقض م - 29 87) ، وثانيهما : إنه لا يجوز عند التظلم من أمر الأداء بعد صدوره تعييب عريضة استصداره بالعيوب التى تكون قد شابت التكليف بالحضور المنصوص عليه فى المادة 202 لأن هذا التكليف لا يتعلق بالعريضة .

أحكام النقض الصادرة على هذا الباب :

اجراءات استصدار أمر الأداء عند توافر شروطه القانونية . تعلقها بشكل الخصومة وعدم اتصالها بموضوع الحق المدعى به أو بشروط وجوده . مؤداه . القضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها الى المحكمة مباشرة للمطالبة بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء . قضاء ببطلان الاجراءات . عدم توافر شروط قبول الدعوى . أثره . امتناع القاضى عن الخوض فى موضوع الحق المدعى به أو ما تعلق به من دفوع ودعاوى فرعية وعدم ترتيب أثر أو حجية أما يصدره من أحكام فى هذا الخصوص . للخصوم معاودة اثارة ما فصل فيه فى دعوى لاحقة . (الطعن رقم 955 لسنة 71ق جلسة 2002/2/27) .

صحف الدعاوى وطلبات أمر الأداء وجوب توقيعها من محام . مادة 2/58 قانون 17 لسنة 1983 . كفاية توقيعه على اصل الصحيفة أو احدى صورها , اعادة اعلان صحيفة الدعوى أو اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة , عدم توقيعها من محام . لا بطلان . (نقض 1997/6/4 طعن رقم 4407 لسنة 61ق)

عريضة استصدار أمر الأداء . بديل ورقة التكليف بالحضور . الغاء المحكمة أمر الأداء بسبب لا يتصل بعيب فى العريضة ز أثره . وجوب الفصل فى موضوع النزاع . (نقض 1997/12/28 طعن رقم 3672 لسنة 59ق)

النص فى المادة 204 من قانون المرافعات على أن " إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب الى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن اصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب اعلان خصمه إليها ولا يعتبر رفض شمول الأمر بالنفاذ رفضا لبعض الطلبات فى حكم الفقرة السابقة . مفاده انه إذا رأى القاضى أن يجيب الطالب الى بعض طلباته وأن يرفض البعض الآخر فليس له ذلك ،

وإنما يحله فى هذه الحالة أن يمتنع عن اصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة وأن يكلف الطالب اعلان خصمه إليها ولكن لا يعتبر رفض شمول الأمر بالنفاذ رفضا لبعض الطلبات يوجب على القاضى الامتناع عن اصدار الأمر فإذا اصدر القاضى رغم ذلك أمرا بالأداء لا يجيب الطالب الى كل طلباته وكان ما رفضه من طلبات الطالب غير طلب شمول الأمر بالنفاذ فإن هذا الامر يكون باطلا . لما كان ذلك وكان الثابت بالاورق ان القاضى مصدر الامر المتظلم منه قد رفض الامر بالفوائد القانونية ومقدارها 5% من تاريخ المطالبة الرسمية حتى السداد فإنه كان يتعين عليه الامتناع عن اصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب إعلان خصمه إليها ، وإّ خالف القاضى ذلك وأصدر أمر بأداء جانب من طلبات الطالب ورفض الجانب الآخر فإن الأمر يكون باطلا ويمتد البطلان الى كل من الحكم الصادر فى التظلم بتأييده والحكم الصادر فى الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وإذ تمسك الطاعن أقام الحكم ببطلان أمر الأداء والتفت الحكم المطعون فيه عن هذا الدفاع فإنه يكون معيبا بالقصور الذى جره الى الخطأ فى تطبيق القانون بقضائه وتأييد الحكم المستأنف الباطل لتأييده أمر الأداء الباطل المتظلم منه مما يوجب نقضه . (الطعن رقم 2166 لسنة 62ق جلسة 1993/6/14)

لما كان من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى بديلة ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء ، وإذ كان بطلان أمر الأداء لصدوره فى غير حالاته لا يتعلق بالعريضة ذاتها ، وكان الطاعن لم ينع أى عيب على هذه العريضة وكانت محكمة أول درجة قد استنفدت ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى فإنه يتعين على محكمة الاستئناف ألا تقف عند حد تقرير بطلان أمر الأداء والحكم الصادر فى التظلم منه

بل يجب عليها أن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد الأمر الذى يتعين معه أن يكون مع النقض الإحالة . (الطعن رقم 2166 لسنة 62ق جلسة 1993/6/14)

.

إذ كان أمر الأداء القاضى بإلزام المطعون عليه الأول – المستأجر – بأداء الأجرة المحددة بعقد الايجار عن المدة من 1970/1/1 حتى آخر مايو سنة 1970 وإن حاز قوة الأمر المقضى إلا أنه إذا صدر تنفيذا لعقد الايجار أخذا بالأجرة المتفق عليها فيه ، ودون أن يعرض لقانونية هذه الأجرة تبعا لعدم اثارة نزاع حولها فإنه لا يجوز حجية فى هذه المسألة ، وإذ كان تحديد الأجرة طبقا لقوانين ايجار الأماكن من المسائل المتعلقة بالنظام العام التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فإن صدور أمر الأداء بالأجرة الاتفاقية الواردة بالعقد لا يحول دون حق المطعون عليه الأول فى اقامة دعوى بتحديد الأجرة القانونية لعين النزاع ، ومن ثم فإن الحكم المطعون إذ اعتد بالأجرة القانونية لها والتى حددها الحكم – الصادر بالتخفيض – وبين الفروق المستحقة للمطعون عليه الأول – المستأجر – ورتب على ذلك انتفاء تخلفه عن الوفاء بالأجرة بما لا يبرر اخلاءه من العين المؤجرة فإنه لا يكون قد خالف حجية أمر الأداء سالف الذكر . (نقض 1997/1/5 سنة 28 ص174) .

أنزل المشرع أوامر الأداء منزلة الأحكام فنص فى المادة 953 مرافعات على أن يعتبر أمر الأداء بمثابة حكم غيابى كما حرصت المذكرة الايضاحية لكل مكن القانونين 265 سنة 1953 ، 485 لسنة 1953 على نفى الرأى القائل باعتبار معاملة الأحكام فى مواطن كثيرة ، منها ما نصت عليه المواد 855 ، 856 ، 857 مكرر مرافعات . (نقض 1963/4/4 المكتب الفنى سنة 14 ص475 نقض 1964/7/7 سنة 15 ص693) .

عدم التزام الطاعن بالنقض بإيداع صورة رسمية من أمر الأداء الذى قضى الحكم المطعون فيه بتأييده . على ذلك أنه مصدر بغير أسباب على احدى نسختى العريضة المقدمة من الدائن . (نقض 1971/6/24 سنة 22 ص823) .

ليس للمحكمة أن تتصدى لعلاقة الخصوم بوكلائهم إلا إذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله . مباشرة محام اجراء قبل صدور التوكيل ممن كلفه به , عدم جواز الاعتراض عليه بأن التوكيل لاحق ما لم ينص القانون على غير ذلك . عدم اشتراط أن يكون بيد المحامى توكيل من الدائن عند طلب اصدار أمر الأداء باسم هذا الدائن . (نقض 1969/11/11 سنة 20 ص1180) .

اضفاء صفة المدعى حكما على المدين المتظلم لا ينفى أن تكون الدعوى قد افتتحت بتقديم عريضة طلب أمر الأداء وهو ما يظاهره اشتراط أداء رسم الدعوى كاملا لقبولها ، وترتيب كافة الآثار الناجمة عن رفع الدعوى من قطع التقادم وخلافه على تقديمها واجازة الطعن فى أمر الأداء بطريق الاستئناف مباشرة متى سقط الحق فى التظلم . (نقض 1978/1/4 س29 العدد الأول ص87)

متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه لا نزاع بين الطرفين فى أن الأجرة المطالب بها بموجب عقد الصلح المبرم بينهما تزيد على الحد الأقصى المقرر فى قانون ايجار الاماكن رقم 121 سنة 1947 وانما انحصر النزاع فى مشروعية الاجرة الزائد التى تضمنها عقد الصلح وكان الحكم قد استند فى تبرير اختصاصه الى تفسير المادة السادسة من القانون المذكور بأنه ينبغى التفرقة بين قوبل المستأجر الزيادة عند بدء الايجار وقبوله لها أثناء سريان العقد فإن الدعوى – بهذه الصورة – تعد منازعة ايجارية ناشئة عن القانون رقم 121 سنة 1947 –

وتستلزم تطبيق نصوصه وبالتالى تدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية دون المحكمة الجزئية عملا بالمادة 15 من القانون المذكور وإذا خالف الحكم – وهو صادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية – هذا النظر فإنه يكون قد خالف قواعد الاختصاص النوعى مما يستوجب نقضه فى شأن الاختصاص وفقا للمادة 425 من قانون المرافعات والقضاء بعدم اختصاص قاضى محكمة المواد الجزئية بإصدار أمر الأداء بالمبالغ التى كانت محل النزاع فى الدعوى.

مؤدى نص المادة 1/214 من قانون المرافعات أن المشرع أجاز اعلان الطعن فى الموطن المختار المبين بالصحيفة فى حالة ما إذا كان المطعون عليه هو المدعى ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الاصلى ، وكان هذا النص قد جاء مطلقا من أى قيد غير مقتصر فى حكمه عن طريق دون آخر ، فيسرى على التظلم باعتباره طعنا فى أمر الأداء وعلى الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر برفض التظلم ، وإذ كان البين من مدونات الحكم أن المطعون عليه الأول الذى استصدر أمر الأداء قد أدخل بالتزام فرضه عليه القانون هو بيان موطنه الاصلى فى عريضة طلب أمر الأداء التى تعد بديلا عن ورقة التكليف بالحضور ، فإنه يحق للطاعن أن يعلنه بصحيفة الاستئناف فى المحل المختار المبين بطلب الأمر ، ويكون هذا الاعلان قد تم صحيحا ويضحى الدفع باعتبار الاستئناف كأن لم يكن على غير اساس . (نقض 1978/1/4 سنة 29 العدد الأول ص87)

عريضة أمر الأداء . بديلة صحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء التكليف بالوفاء شرط لا يتعلق بالعريضة ، بل هو اجراء سابق عليها . عدم اعتباره من قبيل المطالبة القضائية.

لما كان مفاد المادتين 203 ، 204 من قانون المرافعات أن المشرع جعل من العريضة التى تتقدم لاستصدار أمر الأداء بديلا لورقة التكليف بالحضور ، وبها تتصل الدعوى بالقضاء ، مما مؤداه وجوب أن تتضمن كافة البيانات الجوهرية التى يتعين أن تتوافر فى صحيفة الدعوى وفق المادة 63 من قانون المرافعات ، ومن بينها اسم الدائن ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه . (نقض 1978/1/4 س29 العدد الأول ص87)

أمر الأداء النهائى – بإلزام المشترى بباقى الثمن – وهو بمثابة حكم حاز قوة الأمر المقضى مانع من العودة الى مناقشة مسألة أحقية البائع لباقى الثمن الذى اصبح حال الأداء بأية دعوى تالية وبأدلة قانونية أو واقعية لم تسبق اثارتها قبل صيرورته أو أثيرت ولم تبحث فعلا لعدم انفتاح بحثها . (نقض 1974/2/11 سنة 25 ص327) .

أمر الأداء عمل قضائى وليس عملا ولائيا . عريضة استصدار الأمر . هى بديلة صحيفة الدعوى . تقديم العريضة يرتب كافة ما يترتب على رفع الدعوى من آثار . لا يغير من ذلك كله تعديل قانون المرافعات بالقانون 100 لسنة 1962 ، وقانون المرافعات الحالى . (نقض 1980/2/13 ، طعن رقم 415 لسنة 46ق) .

تقديم عريضة أمر الأداء كان وما يزال قاطعا للتقادم . لا يغير من ذلك عدم النص فى المادة 208 من قانون المرافعات القائم – المقابلة للمادة 2/857 من قانون المرافعات السابق – على هذا الأثر بعد أن اتجه المشرع الى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب . (نقض 1975/6/25 سنة 26 ص1292) .

عريضة استصدار أمر الأداء . بديل لصحيفة الدعوى . التكليف بالوفاء أمر سابق عليها وشرط لصدور الأمر . عدم اعتباره من قبيل المطالبة القضائية . (نقض 1993/1/20 طعن رقم 400 لسنة 45ق) .

عدم توافر شروط إصدار أمر الأداء . أثره . امتناع القاضى عن إصداره وتحديد جلسة لنظر الدعوى . تقديم طلب أمر الأداء بديل لإيداع صحيفة الدعوى . إعلان هذا الطلب مذيلا بأمر الرفض والتكليف بالحضور لسماع الحكم بالطلبات . مؤداه . انعقاد الخصومة فى الدعوى ولو كان مبنى رفض إصدار الأمر بالأداء أن الطلب فى غير حالاته . مادة 204 مرافعات . (نقض 1993/4/26 طعن رقم 1099 لسنة 58ق) .

صحيفة استصدار أمر الأداء . ماهيتها . بديلة ورقة التكليف بالحضور . مؤدى ذلك . قيام صحيفة طلب الأداء وتثبيت الحجز مقام دعوى تثبت الحجز وبها تتصل الدعوى بالقضاء فى الميعاد المنصوص عليه بالمادة 3/320 مرافعات.

صحف الدعاوى وطلبات الأداء . وجوب التوقيع عليها من محام مقرر أمام المحاكم التى قدمت إليها . تخلف ذلك . أثره . بطلان الصحيفة . علة ذلك . عدم جواز القياس على هذه الصحف والطلبات قائمة شروط البيع أو الاعتراض عليها . لا يصدق عليها وصف صحيفة الدعوى ولا هى من الأوراق التى أوجب قانون المحاماة توقيعها من محام . عدم التوقيع لا يترتب عليه البطلان . (نقض 1995/12/6 طعن رقم 2757 لسنة 59ق)

عريضة أمر الأداء . هى بديلة ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء . بطلان أمر الأداء لصوره فى غير حالاته . عدم تعلقه بالعريضة ذاتها . أثره . استنفاد محكمة الاستئناف عند حد تقرير بطلان أمر الأداء والحكم الصادر فى التظلم منه وأن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد . (نقض 1993/6/14 الطعنان رقما 897 ، 1028 لسنة 51ق)

البــاب الثــالث : الطعن فى الأوامر الصادرة بالأداء

الفصل الأول : إعـــلان أمـــــر الأداء

تنص المادة 205 من قانون المرافعات على أنه " يعلن المدين لشخصه أو فى موطنه بالعريضة وبالأمر الصادر ضده بالأداء . وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء كأن لم تكن إذا لم يتم اعلانها للمدين خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر" .

تطبيقا للفقرة الأولى من المادة المذكورة فيجب أن يعلن المدين لشخصه أو موطنه بالعريضة وبالأمر الصادر ضده بالأداء ، ويقصد بالموطن الموطن الأصلى للمدين لا الموطن المختار أو موطن الاعمال أ موطن محاميه كذا يجوز الاعلان لشخص المدين بدلا من الاعلان فى موطنه لأن كل ما يحف اعلانه فى موطن الخصم يجوز اعلانه به لشخصه ، ويجب أن يؤخذ اعلان أمر الأداء بالحذر والحيطة كما هو الحال بالنسبة لاعلان الاحكام.

ويجب على الطالب بعد صدور أمر الأداء أن يقوم بإعلان المدين بالعريضة وعليها صدور أمر الأداء وذلك خلال ثلاثة اشهر من صدوره ويتم الاعلان وفقا للقواعد العامة بورقة محضرين تسلم لشخص المدين أو فى موطنه (1/205) وعلة هذا الاعلان هو أن الأمر قد صدر فى غيبة المدين فيجب أن يعلم به حتى يستطيع الطعن فيه أن لا يتجزأ من الأمر إذ بياناتها تعتبر ضمن بياناته . (فتحى والى)

ويجب أن يتم الاعلان بالعريضة والأمر معا وألا كان باطلا وأن ذهب البعض الى جواز اعلان كل منهما على حدة متى تم الاعلان فى الميعاد . (المستشار كمال عبد العزيز)

وميعاد اعلان أمر الأداء يقف بموت الدائن أو القوة القاهرة حتى لا يسرى الميعاد فى حق من لا يستطيع مباشرة إجراء أو المحافظة على حقه وهو لا يسرى فى حق ورثة الدائن إذ قد يجهلون صدور أمر الأداء لصالح مورثهم وعدم العلم بالأمر الصادر ضد مورثهم يكون قوة قاهرة تمنعهم من المحافظة على حقوقهم غير أن ميعاد اعلان أمر الأداء لا يقف بموت المدين لأن الميعاد تقرر لاتخاذ اجراء من جانب الدائن فلا يقف لا تأثرا بالظروف الخاصة بالدائن المفروض انخاذ الجرة كما لا يقف الميعاد المذكور بتغيير المدين لموطنه لأن تغيير الموطن لا يعتبر قوة قاهرة توقف سريان ميعاد الاعلان . (الدكتورة أمينة النمر).

لا يترتب سقوط الأمر المنصوص عليه فى الفقرة الثانية ولم لم يعلن الأمر ، إذا كان قد رفع عنه تظلم أو استئناف أو إذا قبله المدين ، وهذا السقوط على أية حال يتعلق بمصلحة المدين فلا يقضى به إلا إذا تمسك به إذ قد يكون تنازل عنه صراحة أو ضمنا كما لو طعن فى الأمر دون أن يتمسك بذلك فى صحيفة الطعن . (سيف بند 608 – 1977/5/16 – م نقض م – 28 – 1220 – 1983/11/15 – طعن 211 لسنة 50ق) .

ويقف ميعاد اعلان الأمر بموت الدائن أو القوة القاهرة ولكنه لا يقف بموت المدين أو تغييره موطنه . (1968/2/20 – م نقض م – 19 – 315 – فتحى عبد الصبور ص558 وهامشها – أمينة النمر بند 117) ويجب ان يتم الاعلان بالعريضة والامر معا وإلا كان باطلا وأن ذهب البعض الى جواز اعلان كل منهما على حدة متى تم الاعلان فى الميعاد ، ويترتب على سقوط الامر زوال كافة اجراءات استصدار بما ترتب عليها من آثار ومنها قطع التقادم كأثر لتقديم العريضة ، غير أنه لا يمتد الى الاجراءات السابقة على ذلك كالتكليف بالوفاء ، ويقع الجزاء بقوة القانون دون حاجة لرفع دعوى به غير انه يتعين التمسك به سواء فى صحيفة التظلم أو الاستئناف

أو عند الاحتجاج بالأمر فى أية دعوى أخرى أو عن طريق الاستشكال فى التنفيذ ، ومع ذلك فإنه إذا أصبح الأمر غير قابل للطعن فيه لأى سبب فلا يلحقه الجزاء المنصوص عليه فى المادة . (أمينة النمر بند 119 – فتحى عبد الصبور ص555 – سيف ص741)

وقد ورد فى المذكرة الايضاحية للقانون 100 لسنة 1962 تعليقا على حكم الفقرة الأولى من هذه المادة " كما عنى المشروع بأن يبرر بجلاء صفة الأمر باعتباره أمرا وليس حكما واحتفاظه بهذه الصفة حتى صدوره – هذا على الرغم من أنه يشتمل على قضاء قطعى ملزم – وبذا يتعين الاعتداد بهذه الصفة عند اصداره سواء من ناحية بيانات الأمر أو من ناحية اجراءات استصداره (المادة 1/855) وأجاز المشروع استئناف الأمر – استثناء عند عدم التظلم منه فى الميعاد ، كما نص على أن الطعن مباشرة بالاستئناف يسقط الحق فى التظلم من الأمر " .

ويجب اعلان المدين شخصيا أو فى موطنه بصورة العريضة المقدمة وأمر الأداء الصادر عليها ويجب أن يتم هذا الاعلان خلال ثلاثة شهور من تاريخ صدور الأمر وإلا اعتبر الأمر والعريضة فى حكم العدم أى أن الأمر يعتبر كأن لم يكن والعريضة كذلك تسقط ويسقط معها اثارها وأهمها قطع التقادم ويجب على الدائن عندئذ أن يتقدم اذا أراد بطلب أمر أداء جديد برسم جديد ما لم يكن حقه الاصلى قد سقط . (عبد الباسط جميعى).

ويبدأ ميعاد اعلان الأمر من اليوم التالى لاصدار الأمر بالأداء ، فلا يحتسب يوم صدوره باعتباره اليوم الذى يعتبر للميعاد (مادة 15) وينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الآخر منه إذ هو ظرف – أى ميعاد ناقص – يجب أن يحصل الاجراء خلاله (مادة 15) فإذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية امتد الى أول يوم عمل بعدها (مادة 18)

كما يمتد بسبب المسافة عملا بالقواعد العامة ، وينقضى ميعاد اعلان أمر الأداء بانقضاء ثلاثة أشهر كاملة محسوبة من اليوم التالى لاصدار أمر الأداء بصرف النظر عن عدد أيام الشهر ويصرف النظر عن صدور الأمر فى آخر يوم من ايام الشهر أو فى خلاله . (أمينة النمر)

وفاة المدين قبل تقديم عريضة الأمر بالأداء :

الأصل فى الدعاوى عموما أن تقوم الخصومة بين طرفيها من أحياء فلا تنعقد أصلا إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة لا ترتب أثره ولا يصححها إجراء لاحق وعلى من يريد عقد الخصومة أن يراقب ما يطرأ على خصومه من وفاة أو تغير فى الصفة قبل اختصامهم .

والعريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض بديل ورقة التكليف وبها تتصل الدعوى بالقضاء وعلى ذلك فإنه يلزم أن يكون المدين حيا وقت تقديمها لاستصدار أمر عليها بالأداء ، ومن ثم فإنه إذا ثبت أن المدين كان متوفيا يوم تقديم عريضة استصدار الأمر وقد صدر الأمر بالأداء بالرغم من ذلك فإنه يكون معدوما . ومن ثم فإنه يجوز التمسك بهذا الانعدام فى أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض كما يجوز التمسك به على أى صورة سواء كانت فى صورة دعوى أو دفع كما يجوز أن يكون فى صورة اشكال . (نقض 1975/3/13 الطعن رقم 474 لسنة 38ق – نقض 1969/11/6 الطعن رقم 379 لسنة 35ق) .

وفاة المدين بعد تقديم عريضة الأمر بالأداء وقبل صدور الأمر :

إذا توفى المدين بعد تقديم العريضة وقبل صدور الأمر فإنه لا يعد باطلا لأن الاجراء يكون قد اتخذ صحيحا سليما ولما كان الأمر يصدر فى غفلة من الخصم ولما كان الخصم لا يكلف بالدفاع عن مصلحته قبل صدوره فلا محل لبطلانه

ويكون إذن صحيحا وهذه هى القاعدة المقررة فى التشريع إذا قام سبب الانقطاع بعد قفل باب المرافعة فى الدعوى عملا بالمادة 130 وما يليها . (أبو الوفا).

وفاة المدين بعد صدور الأمر وقبل اعلانه :

وفى هذه الحالة يقوم الدائن بإعلان الورثة جميعا بالأمر الصادر ضد مورثهم كل باسمه وفى موطنه الاصلى خلال الثلاثة اشهر المحددة من تاريخ صدوره وإلا اعتبر أمر الأداء كأن لم يكن ولا يصح القول بأن الاعلان فى هذه الحالة يجوز للورثة جملة دون ذكر اسمائهم فى آخر موطن لمورثهم على أن يعاد الاعلان للورثة بأشخاصهم وأسمائهم عملا بالمادة 217 لأن هذا التيسير فى القانون خاصة بوفاة المحكوم له خلال ميعاد الطعن وهو ليس المدين الصادر ضده الأمر بالأداء كما لا يصح القول بإعلان أمر الأداء الى الورثة جملة عملا بالمادة 284 لأن هذه المادة خاصة بإعلان السند التنفيذى قبل البدأ فى التنفيذ واعلان العريضة والأمر الصادر عليها لا يتم فى هذه الحالة بقصد التنفيذ بل هو لحماية أمر الأداء من السقوط . (أمينة النمر).

وفاة المدين بعد اعلانه بالأمر :

إذا توفى المدين بعد اعلانه بالأمر فإن تتبع القواعد العامة المقررة فى باب الأحكام ومن ثم يكون الدائن قد جعل الأمر بمنأى عن السقوط عملا بالمادة 205 فلا يسقط الحق الثابت فى الأمر إلا بخمس عشر سنة عملا بالقواعد العامة ، ومن نحية اخرى يظل حق ورثة قائما فى التظلم أو الطعن فيه ما بقى قائما طالما أن الدائن لم يعلنهم به عملا بالمادة 216 ذلك لأن حق الطعن فى الحكم يبقى ما بقى الحكم قائما وهو كأن حق يسقط بخمسة عشر سنة عملا بالقواعد العامة . (أبو الوفا).

وفاة الدائن وأثره :

إذا توفى الدائن بعد تقديم العريضة فإن ذلك لا يؤثر على صدور الأمر أما إذا توفى الدائن بعد صدور الأمر وقبل اعلانه للمدين فى خلال ثلاثة اشهر فإن هذا الميعاد يقف فى حق ورثة الدائن لجهلهم بصدوره أما إذا توفى الدائن بعد صدور أمر الأداء وبعد صدور أمر الأداء وبعد فوات مدة الأشهر الثلاثة على صدوره فإنه يسقط وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها كأن لم تكن ، وفى ذلك قبل بأنه إذا توفى الدائن بعد صدور أمر الأداء واعلانه الى المدين فإن الأمر لا يسقط إلا بعد مضى خمس عشرة سنة أما إذا لم يكن قد قام بهذا الاعلان وحدثت الوفاة بعد مضى ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره فإنه يسقط ويعتبر أمر الأداء كأن لم يكن هو والعريضة اما إذا حدثت قبل انقضاء الثلاثة أشهر المحددة لاعلان الأمر فإن هذا الميعاد يقف فى حق الورثة لأن المواعيد لا تسرى فى حق من لا يستطيع مباشرة الاجراء أو المحافظة على حقه ونظرا لأن ميعاد الثلاثة اشهر لا يسرى فى حق ورثة الدائن فإن الحق الثابت فى أمر الأداء لا يسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة وهذا لا يمنع المدين من التظلم فى الأمر فى مواجهة الورثة . (الديناصورى وعكاز).

أثر وفاة الدائن بعد صدور الأمر :

إذا توفى الدائن بعد صدور أمر الأداء واعلانه الى المدين فإن الأمر لا يسقط إلا بعد مضى خمس عشرة سنة أما إذا لم يكن قد قام بهذا الاعلان وحدثت الوفاة بعد مضى ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره فإنه يسقط ويعتبر أمر الأداء كأن لم يكن هو والعريضة أما إذا حدثت قبل انقضاء الثلاثة اشهر المحددة لاعلان الأمر

فإن هذا الميعاد يقف فى حق الورثة لأن المواعيد لا تسرى فى حق من لا يستطيع مباشرة الاجراء أو المحافظة على حقه ونظرا لأن ميعاد الثلاثة اشهر لا يسرى فى حق ورثة الدائن

فإن الحق الثابت فى أمر الأداء لا يسقط إلا بمقضى خمس عشرة سنة وهذا لا يمنع المدين من التظلم فى الأمر فى مواجهة الورثة.

أثر وفاة المدين بعد توقيع الحجز :

إذا توفى المدين بعد توقيع حجز ما للمدين لدى الغير أو الحجز التحفظى المنصوص عليهما فى المادة 210 مرافعات فإنه يتعين اتباع القواعد العامة المنصوص عليها فى قانون المرافعات . فلا يجوز استصدار أمر الأداء إلا ضد الورثة كل منهم باسمه وصفت وعلى أن يعلن لشخصه أو فى موطنه . ووفاة المدين لا تعد عذرا يمنع الدائن من مراعاة المواعيد المقررة فى المادة 210 مرافعات إذ يتعين عليه أن يراقب ما يطرأ على الخصومة من احداث.

أثر وفاة الدائن بعد توقيع الحجز :

إذا توفى الدائن بعد توقيع الحجز وقبل انقضاء ثمانية ايام من تاريخ توقيعه فإن هذا الميعاد يقف فى حق الورثة ولا يستأ،ف سيره إلا بعد أن يقوم المدين بتوجيه اعلان الى ورثة الدائن يخطرهم فيه بالحجز الذى اوقعه عليه مورثهم . (الديناصورى وعكاز)

سريان القواعد المتقدمة على عوارض الأهلية :

لا تسرى القواعد آنفة البيان على الوفاة فقط بل تمتد الى فقد الأهلية أو زوال صفة من يباشر الخصومة نيابة عن الخصم كالولى والوصى وإنما لا تسرى عند وفاة محامى الخصم

استصدار أمر أداء ضد ناقص الأهلية :

إذا صدر أمر أداء ضد شخص ناقص الأهلية فإنه يكون باطلا وهو بطلان نسبى مقرر لمصلحته فلا يجوز أن يتمسك به غيره ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ويجوز للمدين بعد بلوغه أهلية التقاضى ان يجيز التصرف

أو أن يتنازل عن البطلان صراحة أو ضمنا كذلك إذا بوشرت اجراءات التنفيذ ضده فإنها تكون باطلة نسبيا على النحو المتقدم . (المرجع السابق)

ويلاحظ أنه يجب التمسك بأن أمر الأداء أعلن بعد الثلاثة شهور قبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط الحق بالتمسك به وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن : سقوط أمر الأداء لعدم اعلانه خلال ثلاثة اشهر . جزاء مقرر لمصلحة المدين وحده . عدم التمسك به فى صحيفة التظلم قبل التكلم فى الموضوع . أثره . سقوط الحق فيه . لا يغير من ذلك التمسك ببطلان أمر الأداء أو ببطلان اعلانه . (نقض 1983/11/15 طعن رقم 211 لسنة 50ق نقض 1977/5/16 سنة 28 ص1220) .

الفصل الثانى : التظلــم مـن أمــر الأداء

تنص المادة 206 من قانون المرافعات على أنه " يجوز للمدين التظلم من الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه إليه ويصل التظلم أمام محكمة المواد الجزئية أو أمام المحكمة الابتدائية حسب الأحوال وتراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى.

ويجب ان يكون التظلم مسببا وإلا كان باطلا :

ويبدأ ميعاد استئناف الأمر ان كان قابلا له من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه أو من تاريخ اعتبار التظلم كأن لم يكن .

ويسقط الحق فى التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف .

وقد اتجه المشرع الى أن يكون الطعن فى هذه الأوامر تظلم تراعى فيه الأوضاع المقررة لرفع الدعوى أن يكون التظلم فى الأمر خلال أيام من تاريخ اعلانه الى المدين

والتظلم من الأمر طريق خاص للطعن فيه فهو ليس معارضة فى حكم غيابى كما أنه ليس تظلما من الأمر على عريضة فلا يجوز الرجوع الى حكميهما ثم أنه طريق حائز فى جميع الأحوال أيا كانت قيمة الدائن أو المنقول وأيا كان نوع الحق أن استئنافه يرتبط بقيمة الحق المطالب به ونوعه ، ولا يجوز التظلم إلا من المدين ويسقط حقه فى ذلك التنازل الصريح عن حقه فى التظلم على أن يكون هذا التنازل لاحقا لصدور الأمر أما إذا كان سابقا على ذلك فلا يعتد به كما يسقط بقيام المدين بتنفيذ الامر اختيارا كقيامه بالوفاء عن طريق العرض والايداع دون تحفظ بحقه فى الطعن . (أمينة النمر بند 133)

كما يسقط الحق فى التظلم برفع استئناف عن الأمر ولو رفع باجراءات باطلة أو انقضت الخصومة فيه دون صدور حكم فى الموضوع ويعتبر ميعاد التظلم مرعيا بايداع صحيفة التظلم قلم الكتاب خلال الميعاد ولو لم يتم اعلانها إلا بعد ذلك (1977/6/7 طعن 355 سنة 43ق).

وتختص بنظر التظلم المحكمة التى يتبعها القاضى الآمر ولو كان غير مختص باصداره أو كانت غير مختصة بنظر النزاع نوعيا أو قيميا أو محليا فإذا رفع التظلم الى محكمة أخرى ولو كانت هى المختصة اصلا بنظر النزاع أو يتبعها القاضى المختص اصلا باصدار الامر وجب عليها الحكم بعدم الاختصاص بنظر التظلم . (أمينة النمر بند 169 وقارن جميعى فى التنفيذ ص281 وما بعدها).

ويرى البعض أنه إذا لم يتم اعلان صحيفة التظلم أو الاستئناف خلال ثلاثة شهور وقضى باعتباره كأن لم يكن لهذا السبب عملا بالمادة 70 مرافعات فإن ذلك يؤدى الى سقوط الأمر كذلك إذا لم يكن قد أعلن خلال الشهور الثلاثة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة 205 مرافعات (النمر بند 170 – فتحى عبد الصبور فى بحثه السابق الاشار إليه) وهو قول محل نظر لأن سقوط الامر لا يتعلق بالنظام العام ويتعين ان يصدر به حكم بناء على تمسك صاحب المصلحة بذلك ، فإذا قضى باعتبار التظلم أو الاستئناف كأن لم يكن ترتب على ذلك زوال صحيفة التظلم أو الاستئناف بما كانت تتضمنه من التمسك بالدفع ، ويجوز للمدين بعد صدور الحكم باعتبار تظلمه أو استئنافه كأن لم يكن أن يعيد التظلم من الامر أو استئنافه إذ كان الميعاد مازال مفتوحا ويطلب فى صحيفة التظلم أو الاستئناف الحكم بسقوط الأمر لعدم اعلانه خلال الميعاد

أجازت الفقرة الثالثة الطعن على أمر الأداء بالاستئناف مباشرة وفى هذه الحالة يبدأ ميعاد الاستئناف من تاريخ فوات ميعاد التظلم المبين فى الفقرة الأولى من تاريخ الحكم باعتبار التظلم كأن لم يكن عملا بالفقرة الثانية من المادة 207 ويرى البعض اعمال الحكم نفسه إذ قضى فى التظلم باعتباره كأن لم يكن لعدم اعلان صحيفته خلال ثلاثة شهور عملا بحكم المادة 70 مرافعات (النمر 170) والحق فى استئناف الأمر قاصر على المدين وحده ويشترط ان يكون الامر قابلا للاستئناف ولم يتنازل عنه ، كما يشترط إلا يكون قد حكم فى موضوع تظلمه من الامر ، ويرفع الاستئناف بصحيفة تودع قلم الكتاب المحكمة وبشرط أداء الرسم كاملا عند ايداعها ويترتب على عدم ايداع الرسم كاملا خلال ميعاد الاستئناف سقوط الحق فيه واعتبار الأمر نهائيا (النمر بند 198 - سيف ص833) ولا يترب على مجرد رفع الاستئناف وقف النفاذ المعجل المشمول له الامر ما لم تأمر بذلك محكمة الاستئناف عملا بالمادة 291 أو المادة 292 مرافعات .

والحكم الصادر فى التظلم يخضع للقواعد العامة للاستئناف من حيث النصاب أو المواعيد أو الاجراءات (1969/4/24 – م نقض م – 20 – 1138) كما يخضع تنفيذ الحكم الصادر فى التظلم للقواعد العامة فلا ينفذ إلا إذا كان انتهائيا أو مشمولا بالنفاذ المعجل ، ويرى البعض أنه إذا قضت محكمة التظلم برفضه فإن الحكم يصبح هو السند التنفيذى للدائن دون أمر الأداء (النمر بند 187) ولكننا نرى اتباع القواعد العامة فى هذه الحالة باعتبار أمر الأداء هو السند التنفيذى خاصة وان منطوق الحكم برفض التظلم وتأييد الامر المتظلم فيه لا يتضمن تحديد ما صدر به الامر وإذا قضت محكمة الاستئناف بإلغاء حكم أول درجة الصادر فى التظلم

وإذا انقضت خصومة الطعن بسبب اجرائى كالسقوط أو الانقضاء أو اعتبارها كأن لم تكن فلا يمس ذلك الامر الذى يصح نهائيا . (والى)

ويقتصر الحق فى الطعن بالتظلم أو الاستئناف وفقا لأحكام المادة على المدين وحده الذى صدر الأمر بإلزامه بالأداء (والى – النمر – الوشاحى) أما الدائن الذى يكون الامر قد صدر برفض طلباته أو رفض شمولها بالنفاذ المعجل فليس له أن يسلك سبيل التظلم أو الاستئناف ، ويذهب البعض الى انه يجوز له فى هذه الحالة ان يسلك سبيل التظلم من الأوامر على عرائض وفقا للمواد 197 وما بعدها (النمر بند 1) وهو رأى محل نظر إذ أمر الأداء وان صدر فى شكل الامر على عريضة إلا ان المشرع خصمه بنظام خاص متكامل حدد فيه القاضى المختص باصداره واجراءات استصداره على نحو لا ينطبق مع اجراءات استصدار الأمر على عريضة والاختصاص باصداره فضلا عن ان القرار الذى يتضمنه هو قرار الزام وليس مجرد اجراء وقت ، ومن ثم لا يجوز الرجوع فى شأنه الى اجراءات الطعن فى الاوامر على عرائض ومن جهة اخرى فإن الرأى السائد يوجب على القاضى أن يمتنع عن اصدار الامر مع تحديد جلسة لنظر الدعوى فى كل حالة لا يرى فيها وجها لاصدار الامر أيا كان السبب فى ذلك ، ولا يتبقى سوى صورة الامتناع عن شمول الامر بالنفاذ المعجل مع اجابة الطالب لباقى طلباته وهى صورة تستأهل الخروج على التنظيم اذلى وضعه المشرع للأوامر على عرائض اذ يكون على الدائن اعلان الامر الى المدين فإن لم يطعن فيه خلال الميعاد اصبح نهائيا واكتسب القوة التنفيذية وان طعن فيه المدين نخلفت الحكمة التى وضع من اجلها نظام الاوامر على عرائض وهو استبعاد احتمال المنازعة فى الدين بما يستدعى عدم نفاذه معجلا . (المستشار كمال عبد العزيز)

متى تتصدى محكمة الاستئناف للحكم فى موضوع الدعوى فى حالة إلغائها أمر الأداء والحكم الصادر فى التظلم منه ؟

ينبغى على المحكمة عند التظلم فى أمر الأداء التفرقة بين بطلان أمر الأداء لسبب من الأسباب الشكلية اللازمة لاصداره وبطلانه لسبب من الاسباب الموضوعية وانه فى احالة الاولى تقف محكمة التظلم عند حد تقرير البطلان أما فى الحالة الثانية فإنه يتعين عليها بعد أن تقضى بالبطلان أن تتصدى للفصل فى موضوع النزاع وهذا المبدأ يسرى ايضا على المحكمة الاستئنافية فإذا قضت محكمة التظلم برفض التظلم وتأييد أمر الأداء ورأت محكمة الاستئناف إلغاء الحكم لأن أمر الأداء صدر باطلا لسبب من الأسباب الموضوعية فإنها لا تقف عند حد تقرير بطلانه

وبالتالى بطلان أمر الأداء بل يتعين عليها أن تمضى فى الفصل فى الدعوى بحكم جديد وقد أصدرت محكمة النقض حكمين أيدت فيهما هذا النظر وقد جاء فيهما (الديناصورى وعكاز –النمر – أبو الوفا)

عريضة أمر الأداء . هى بديلة ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل بالدعوى . القضاء ببطلان أمر الأداء لصدوره فى غير حالاته . عدم تعلقه بالعريضة ذاتها . استنفاد محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى . وجوب ألا تقف محكمة الاستئناف عند حد تقرير بطلان أمر الأداء والحكم الصادر فى التظلم منه وأن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى بحكم جديد . (نقض 1993/6/14 طعن رقم 2166 لسنة 62ق) .

عريضة استصدار أمر الأداء . بديل ورقة التكليف بالحضور . إلغاء المحكمة أمر الأداء لسبب لا يتصل بعيب فى العريضة . أثره . وجوب الفصل فى موضوع النزاع (نقض 1997/12/28 طعن رقم 3672 لسنة 59ق) .

يجوز إبداء طلبات عارضة أثناء نظر التظلم فى أمر الأداء كما تجوز الطلبات الإضافية أو تعديل الطلبات :

من المقرر أن التظلم فى أمر الأداء يد خصومة جديدة وذلك استنادا لنص المادة 1/207 مرافعات التى نصت على أن يعتبر المتظلم فى حكم المدعى وتراعى عند نظر التظلم القواعد والاجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى ، والمادة 209 التى نصت على أن تسرى على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال التى بينها القانون ويترتب على ذلك أن يكون المتظلم أن يبدى فى التظلم طلبات عارضة كما أن له تصديها الاخلال بالمبدأ ، ولا يزيل هذا البطلان عدم التمسك أمامها بإعادة القضية لمحكمة أول درجة . لما كان ما سلف ، وكان الواقع فى الدعوى أن محكمة أول درجة حكمت بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانونى ، ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم قاضية بقبولها ومتصدية فى ذات الوقت لموضوعها وفاصلة فيه دون أن تعيد الدعوى الى محكمة أول درجة لنظره رغم أنها لم تقل كلمتها بشأنها فإنها تكون قد خالفت القانون مما يستوجبه نقض حكمها . (نقض 1979/3/7 سنة 30 العدد الأول ص736) .

ويجوز الطعن فى الأمر بالتماس اعادة النظر إذا أصبح نهائيا وتوافرت احدى حالات الالتماس كأن يصدر استنادا الى ورقة ثم يثبت تزويرها (والى هاش بند 402 الديناصورى وعكاز ص798 – وقارن النمر بند 153 حيث ترى عدم جواز الطعن فى أمر الأداء بطريق التماس اعادة النظر)

كما يجوز الطعن فى الأمر بالنقض اذا اصبح نهائيا وكان قد صدر على خلاف حكم نهائى سابق وذلك عملا بالمادة 249 مرافعات (والى هامش بند 402 – الديناصورى وعكاز ص789 – قارن النمر بند 153 حيث ترى عدم جواز الطعن بالنقض فى أمر الأداء استنادا الى أن المادة 249 تقصر الطعن على الأحكام) .

ويجوز رفع دعوى اصلية ببطلان أمر الأداء فى الحالات التى يجوز فيها رفع دعوى اصلية ببطلان الحكم وهى أن يكون قد وقع معدوما لصدوره ضد أو لصالح شخص توفى قبل تقديم طلب استصداره أو لصدوره ممن زالت عنه ولاية القضاء قبل اصداره أما اذا وقعت اجراءات استصدار الامر باطلة أو كان قد صدر فى غير حالاته فإن سبيل التمسك بذلك يكون عن طريق الطعن فى الأمر والا امتنع التمسك بذلك عن غير هذا الطريق . (النمر بند 153 – والى بند 402) ويذهب البعض الى انه يجوز ان ترفع دعوى بطلان اصلية اذا لم يعلن الأمر خلال ثلاثة شهور من صدوره عملا بالفقرة الثانية من المادة 205 مرافعات (النمر بند 153) وواقع الحال أن الدعوى التى يرفعها المدين فى هذه الحالة لا تعتبر دعوى بطلان الأمر لأن البطلان لا يكون إلا جزاء تغيب اجراءات استصداره فلا يجوز الاستناد فيه الى امر لاحق لصدوره وانما هى دعوى يطلب فيها المدين الحكم بسقوط الأمر تقريرا لحكم القانون وتجنبا لآثار قيامه ويمكن للمدين التمسك بالسقوط فى صورة دفع عند الاحتجاج عليه بالأمر أو محاولة تنفيذه كما يذهب البعض الى أنه يجوز للغير أن يرفع دعوى اصلية ببطلان الأمر لأنه لا يقوم حجة عليه (النمر بند 153) وهو رأى محل نظر كذلك إذ أن أمر الأداء كالحكم لا يقوم حجة على الغير فيمكنه التمسك بعدم نفاذه فى حقه دون حاجة الى رفع دعوى ببطلانه.

أما المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان الأمر ، فيرى البعض أنها المحكمة الابتدائية دائما بغض النظر عن القاضى الذى اصدر الامر إذ أن طلب بطلان الأمر يعتبر غير مقدر القيمة (النمر بند 153) ، ونرى التفرقة بين ما إذا كان الأمر سبق الطعن فيه أو إذا لم يكن قد سبق الطعن فيه فإذا لم يكن قد سبق الطعن فيه فإن الدعوى ترفع الى المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لأنها لا تعدو فى واقع الأمر طعنا على الأمر وأن كان لا يتقيد بالمواعيد أو قيود الحجية ، أما إذا كان الأمر قد سبق الطعن فيه وصدر الحكم فى الطعن فإن كان قد صدر بإلغاء الأمر فإنه لا يكون هناك محل لرفع دعوى بطلان الأمر أما إذا كان قد صدر بتأييد الأمر كليا أو جزئيا فإن الحكم يكون قد وقع معدوما لتأييده أمرا معدوما ، فترفع الدعوى ببطلان الحكم ويتبع فى رفعها ما هو مقرر فى شأن الدعوى الاصلية ببطلان الأحكام . المستشار كمال عبد العزيز)

أوجه الشبه والاختلاف بين التظلم كطريق طعن فى الأمر الصادر بالأداء وبين الطعن فى الأحكام الغيابية :

كان أمر الأداء قابلا لنفس طرق الطعن فى الحكم الغيابى أى المعارضة والاستئناف وكان المشرع يصرح بجواز المعارضة فى الأمر لأنه بمثابة حكم غيابى ، وكان ينص على أنه إذا لم ترفع المعارضة فى الميعاد يصبح الأمر بمثابة حكم حضورى .

ورغم عدول المشرع عن استعمال لفظ المعارضة ، وتسميته للطن الأول فى أمر الأداء تظلما إلا أن هذا التظلم لا يختلف عن المعارضة إلا فى بعض التفاصيل التى أثارت خلافا فى الفقه والتى كان لابد أن تختلف فيها المعارضة فى أمر الأداء عن المعارضة فى الحكم الغيابى

رغم كل شبه بينهما على أن عدول المشرع عن تسمية التظلم من أمر الأداء معارضة ترتب عليه أنه اضطر الى إيراد كل احكام المعارضة بدلا من الاحالة إليها ، معدلة بما يقتضيه المقام .

فميعاد التظلم كان هو نفس ميعاد المعارضة ، وكانت تصرح بذلك المادة 2/855 معدلة بقولها " ويجوز له (أى المدين) التظلم من الأمر خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اعلانه إليه ، وقد عدلت المادة 206 الحالية الميعاد الى عشرة ايام فقط .

ويسقط الحق فى التظلم من الأمر إذا طعن فيه مباشرة بالاستئناف (المادة 4/206) كما يسقط الحق فى المعارضة بذلك تماما (المادة 387 مرافعات)

ويجب ان يكون التظلم مسببا وإلا كان باطلا (المادة 2/206) وهذه الأحكام بشأن رفع التظلم وتسبيب صحيفته والمحكمة المختصة به هى نفس الأحكام بشأن رفع المعارضة وتسبيب صحيفتها والمحكمة المختصة بها (المادة 389 مرافعات) ، (البغال ويلاحظ أن المشرع قد ألغى المعارضة فى الأحكام الغيابية) .

أحكام النقض :

أمر الأداء ليس للقاضى اجابة الطالب الى بعض طلباته دون البعض الآخر . وجوب امتناعه فى هذه الحالة عن اصدار أمر الأداء وتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة وتكليف الطالب اعلان خصمه إليها . رفض شمول الأمر بالنفاذ . لا يعتبر رفضا ليعض الطلبات . اصدار القاضى أمر بالأداء متضمنا إجابة بعض الطلبات ورفض لبعضها الآخر التى ليس من بينها طلب شمول الأمر بالنفاذ . اثره . بطلان الأمر . امتداد هذا البطلان الى الحكم الصادر فى التظلم بتأييده . مثال بشأن رفض الأمر بالفوائد واجابة باقى الطلبات . (1993/6/14 طعن رقم 2166 لسنة 62ق)

القضاء بإلغاء أمر الأداء المتظلم فيه على قالة أن توقيع المطعون ضده على الايصال موضوع الأمر فى تاريخ سابق على ملء بياناته دليل على انتفاء علمه بمضمونه وعدم انصراف نيته الى الالتزام به . مخالفة للقانون وقصور مبطل . (نقض 1999/1/26 طعن رقم 2861 لسنة 62ق) .

إلغاء محكمة التظلم أمر الأداء بسبب تخلف شرط تعيين مقدار الدين . أثره . وجوب الفصل فى موضوع النزاع طالما أن العيب لم يمتد الى عريضة الأمر . (نقض 1980/2/13 طعن رقم 415 لسنة 46ق ، نقض 1993/6/14 طعن 2166 لسنة 62ق) .

التعديل الذى أدخله القانون رقم 100 لسنة 1962 على قانون المرافعات السابق بالنسبة لأوامر الأداء بحذفه من المادة 857 الحكم القاضى باعتبار الأمر بمثابة حكم غيابى وبابرازه صفة الأمر باعتباره أمرا وليس حكما وأن يكون الطعن فيه فى صورة تظلم وليس فى صورة معارضة فى حكم غيابى إنما كان تمشيا مع ما استحدثه القانون المشار إليه من إلغاء كريق الطعن بالمعارضة فى الأحكام الغيابية كقاعدة عامة كا استهدف – وعلى ما أفصحت عنه مذكرته التفسيرية – تفادى الصعوبات التى تترتب عل اعتبار التظلم من الأمر معارضة كجواز ابداء الطلبات العارضة فى المعارضة أو كإبداء الدفع بعدم الاختصاص النوعى أو المحلى أو الإحالة . (نقض 1980/2/13 سنة 31 ص508 العدد الأول) .

عريضة استصدار أمر الأداء . بديل ورقة التكليف بالحضور . إلغاء المحكمة أمر الأداء بسبب لا يتصل بعيب فى العريضة . أثره . وجوب الفصل فى موضوع النزاع . (نقض 1997/12/28 طعن رقم 3673 لسنة 59ق)

الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها بالطريق العادى بدين تتوافر فيه شروط استصدار أمر الأداء . قضاء لا تستنفد به محكمة أول درجة ولايتها فى نظر موضوع الدعوى . إلغاء هذا الحكم استئنافيا . وجوب اعادة الدعوى لمحكمة أول درجة لنظر موضوعها . تصدى محكمة الاستئناف للموضوع فيه تفويت لإحدى درجتى التقاضى . لا يزيل هذا البطلان عدم تمسك الطاعن امامها بطلب اعادة القضية الى محكمة أول درجة . علة ذلك . أن مبدأ التقاضى على درجتين هو من المبادئ الأساسية للنظام القضائى التى لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز لخصوم النزول عنها . (نقض 1972/5/23 سنة 23 ص981)

لما كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن التظلم فى أمر الأداء بعد صدور القانون 100 لسنة 1962 يترتب عليه أن يكون للمتظلم أن يبدى فى التظلم طلبات عارضة كما أن له أن يدخل ضامنا فى الدعوى ، بل أن للمتظلم ضده كذلك أن يوجه للمتظلم طلبات اضافية لم يسبق تقديمها من قبل فى طلب الأداء ولو كانت تتضمن تعديل الطلبات ، أو كانت الطلبات المضافة مما تتوافر فيها شرائط الديون الثابتة بالكتابة التى يصح استيفاؤها بطريق أمر الأداء ذلك أن المشرع على ما سبق بيانه لم يشترط سلوك هذا الطريق إلا بالنسبة لما يطالب به الدائن ابتداء ، كما أن للمتظلم ضده أن يدخل ضامنا فى الدعوى بخلاف الحال قبل صدور القانون 100 لسنة 1962 فقد كان التظلم فى أمر الأداء فى صورة معارضة وإن كان للمعارض والمعارض ضده ابداء الطلبات العارضة دون المساس بحجية الحكم الغيابى (أمر الأداء) إلا أنه لم يكن للمعارض ضده ان يعدل طلباته فى المعارضة بالمطالبة بديونه الثابتة بالكتابة ، وهذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون . هذا ولما كان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يعترض أمام محكمة الموضوع على هذه الطلبات بأنها غير مرتبطة بما يمنع قبولها . (نقض 1972/3/20 لسنة 23 العدد الأول ص598) .

المتظلم من أمر الأداء :

تنص المادة 207 من قانون المرافعات على أنه " يعتبر المتظلم فى حكم المدعى وتراعى عند نظر التظلم القواعد والاجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى ، وإذا تخلف المتظلم عن الحضور فى الجلسة الأولى لنظر التظلم تحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التظلم كأن لم يكن " .

يعيد التظلم من أمر الأداء – على خلاف التظلم من الأمر على عريضة – طرح الموضوع على محكمة التظلم لتفصل فيه بحكم موضوعى بحسم اصل الحق باعتبارها المحكمة المختصة اصلا بالمطالبة بالحق وهى تنظر الدعوى بكل ما يبدى فيها من طلبات ودفوع وأوجه دفاع فى حدود ما رفع عنه التظلم لتقضى بتأييد الأمر أو بإلغائه غير أنها إذا قضت بالالغاء لتغيب أحد الشروط الشكلية كبطلان العريضة أو عدم الاختصاص وقفت عند القضاء بالالغاء فلا تتعرض للفصل فى الموضوع ، أما إذا كان قضاؤها بإلغاء الأمر يرجع الى تخلف أحد الشروط الموضوعية لاصدار الأمر وهى كون الحق الصادر به مبلغا من النقود معين المقدار أو منقولا معينا بنوعه ومقداره أو منقولا معينا بذاته وكونه ثابتا بالكتابة حال الأداء فإنها لا تقتصر على الحكم بالالغاء بل تنظر الموضوع (1964/6/7 – م نقض م- 15 – 527 – أمينة النمر بند 153 - فتحى عبد الصبور – أبو الوفا فى التنفيذ ص201)

وإذ يعيد التظلم طرح النزاع على المحكمة بحيث يعتبر خصومة جديدة فإن محكمة التظلم فوق اختصاصها بالنظر فى كافة ما يبدى أمامها من دفوع شكلية أو موضوعية سواء تعلقت بالأمر المتظلم فيه واختصاص القاضى الأمر فضلا عما يتصل بعدم استحقاق الدين الصادر به الأمر أو تزوير سنده أو غير ذلك من أوجه الدفاع والدفوع

فإنه يجوز أمامها ابداء الطلبات من الطرفين مع ملاحظة أنه إذا كانت محكمة جزئية وأبدى أمامها طلب عارض لا يدخل فى اختصاصها فإنها لا تعمل المادة 146 مرافعات فلا تحيل معه الدعوى الأصلية لأنها فى حقيقتها طعن فى أمر الأداء تختص وحدها نظره فتقتصر الاحالة على الطلب العارض الذى يخرج عن اختصاصها (النمر بند 174) كما يجوز أمامها التدخل بنوعيه أو الادخال ويكون لها الفصل فى طلب وقف النفاذ المشمول به الأمر عملا بالمادة 292 ويجوز القضاء ى التظلم باعتبار الدائن تاركا لدعواه ويترتب على ذلك إلغاء طلب أمر الأداء وبزوال كل ما ترتب عليه من آثار وسقوط ما يكون قد صدر من أحكام تمهيدية . (1969/10/21 – م نقض م – 20 – 1138).

ويترتب على غياب المتظلم فى الجلسة الأولى المحددة لنظر التظلم أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها ولو حضر المتظلم ضده باعتبار التظلم كأن لم يكن وإذا تعدد المتظلمون تحكم المحكمة بذلك بالنسبة الى من تغيب منهم ، ويرى البعض أن تقوم المذكرة مقام الحضور فإذا كان المتظلم قد قدم مذكرة بدفاعه فإنه يمتنع الحكم باعتبار التظلم كأن لم يكن (النمر بند 179) وهو قول محل نظر إذ أن المشع استلزم تسبيب التظلم وإلا كان باطلا (2/206) مما يجعل صحيفة التظلم تقوم مقام المذكرة وهو ما يؤدى الى اهدار حكم الفقرة الثانية من المادة 207 وفقا لهذا الرأى ، فضلا عن أن تقديم المذكرة لا يقوم مقام متخلفا عن الحضور فى حكم المادة 82 مرافعات ولو كان قد سبق له تقديم مذكرة . (المستشار كمال عبد العزيز)

ويتعين على المحكمة قبل أن تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن أن تتحقق من أن الجلسة التى سبق تحديدها لنظر التظلم هى نفس الجلسة التى غاب عنها المتظلم والتى حددت اصلا لنظر التظلم وعلم بها المتظلم فإن كانت الجلسة التى حددت لنظر التظلم صادفها عطلة رسمية أو قوة قاهرة حالت دون نظر التظلم وصدر قرار إدارى بتحديد يوم آخر لنظر التظلم تعين على قلم الكتاب اعلان المتظلم بالجلسة الجديدة

فإن لم يتم اعلانه بها اعلانا صحيحا امتنع على المحكمة ان تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن فإن فعلت كان حكمها باطلا.

ومن المقرر أن اعتبار التظلم كأن لم يكن قاصر على الجلسة الأولى فقط فإن حضر المتظلم فى الجلسة الأولى وأجلت الدعوى لجلسة أخرى ثم تخلف المتظلم عن الحضور امتنع على المحكمة أن تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن وإذ كان يجوز لها شطبه أو القضاء فى موضوعه وفقا للقواعد العامة المقررة فى الشطب . (م 82 مرافعات)

وإذا لم يحضر المتظلم بالجلسة الأولى المحددة لنظره والتى علم بها المتظلم علما صحيحا وقت تحديد جلسة التظلم وأخطأت المحكمة ولم تقض باعتبار التظلم كأن لم يكن وأجلتها لأى سبب كان امتنع عليها بعد ذلك أن تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن ومن المقرر أن الجلسة الأولى لنظر التظلم هى الجلسة التى حددت لنظره عند تقديم صحيفته ولم يطرأ عليها تعديل أو الجلسة اللتى أجلت إليها إداريا وأعلن بها المتظلم فإن كان المتظلم قد أعلن اعلانا صحيحا بالجلسة التى حددت لنظر الدعوى بعد أن تعذر نظر التظلم بالجلسة الأولى وأجلت إداريا وفات على المحكمة أن المتظلم قد أعلن بالجلسة وأجلت الدعوى لاعلانه فإنه يمتنع عليها بعد ذلك أن تقضى باعتبار التظلم كأن لم يكن لأنها لم تقض بذلك بالجلسة الأولى التى أعلن بها المتظلم .

ومن المقرر أن مستصدر أمر الأداء إذا كان لم يبين فى صحيفة أمر الأداء موطنه الاصلى جاز للمتظلم أن يعلنه فى التظلم والاستئناف فى المحل عملا بالمادة 2/214 مرافعات .

أحكام النقض :

إذ اعتبرت المادة 1/207 مرافعات المتظلم فى حكم المدعى وأوجبت أن يراعى عند نظر التظلم القواعد والاجراءات المتبعة أمام محكمة الدرجة الأولى فإن ذلك كان اتجاها من المشرع الى أن يكون الطعن فى هذه الأوامر فى صورة تظلم تراعى فيه الأوضاع المقررة لرفع الدعوى وليس فى صورة معارضة فى حكم غيابى لتفادى الصعوبات التى تترتب على اعتبار التظلم معارضة كجواز أو عدم جواز ابداء الطلبات المعارضة أو كإبداء الدفع بعدم الاختصاص النوعى أو المحلى أو الاحالة وهذا لا ينفى أن المتظلم لم يكن هو الذى استفتح الخصومة واقعا وفعلا ، وأنه بتظلمه إنما يدرأ على نفسه عادية أمر صدر بإلزامه أداء معينا وأن من حقه على هذا الوضع الاعادة من الرخص التى يمنحها القانون لرافع الطعن والواردة ضمن الفصل الخاص بالقواعد العامة لطرق الطعن فى الأحكام ومنها المادة 2/214 من قانون المرافعات والتى أجازت اعلان الطعن فى الموطن المختار المبين بالصحيفة فى حالة ما إذا كان المطعون عليه هو المدعى ولم يكن قد بين فى صحيفة افتتاح الدعوى موطنه الاصلى فإذا أخل المتظلم ضده الذى استصدر أمر الأداء بالتزام فرضه عليه القانون وهو بيان موطنه الاصلى فى عريضة أمر الأداء التى تعد بديلا عن ورقة التكليف بالحضور فإنه يحق للمتظلم أن يعلنه بصحيفة التظلم وللمستأنف أن يعلنه بصحيفة الاستئناف فى المحل المختار المبين بطلب الأمر . (نقض 1978/1/4 سنة 29 العدد ص87)

لما كانت المادة 310 من قانون المرافعات السابق تنص على أنه يترتب على ترك الخصومة إلغاء جميع اجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الدعوى ، وكان ما تقضى به المادة 304 من قانون المرافعات السابق من أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه سقوط الأحكام الصادرة بإجراءات الاثبات . ينطبق ايضا فى حالة الحكم بترك الخصومة باعتبار أن هذه الأحكام ليس لها كيان مستقل بذاتها ولا تعدو أن تكون مجرد اجراءات فى الخصومة تقوم مادامت الخصومة قائمة وتزول بزوالها ، فإن مقتضى ذلك هو أنه وقد قضى فى المعارضة فى أمر الأداء باعتبار الطاعن (الدائن) تاركا دعواه فإن هذا الحكم يترتب عليه إلغاء طلب أمر الأداء المعارض فيه وزوال أثره فى قطع التقادم ، كما يترتب عليه سقوط الحكم بندب خبير لتصفية الحساب بين الفريقين على أساس أنه من الأحكام الصادرة فى الخصومة . (نقض 1969/10/21 سنة 20 ص1138).

استخلاص محكمة الموضوع بطلان السند موضوع الدعوى من البينة والقرائن بما لا يخالف الثابت بالأوراق الغاؤها أمر الأداء الصادر بمقتضاه لا خطأ . (نقض 1974/3/26 سنة 25 ص548).

رســم أمـــر الأداء :

تنص المادة 208 من قانون المرافعات على أنه " لا يقبل من الدائن طلب أمر بالأداء إلا إذا كانت عريضته مصحوبة بما يدل على أداء الرسم كاملا ، على أنه فى أحوال الحجز المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة 210 يحصل من الدائن ربع الرسم عند طلب توقيع الحجز والباقى عند طلب الأمر بالأداء وبصحة الحجز"

أسقط المشروع فى المادة 208 منه الفقرة الثانية من المادة 857 من القانون القائم التى تقضى بأن تقديم عريضة امر الأداء يترتب عليه قطع التقادم نه إذا كان ثمة ما يبرر وجود هذا الحكم فى القانون القائم فإن هذا المبرر ينتفى بعد أن اتجه المشروع الى جعل رفع الدعوى بتقديم صحيفتها لقلم الكتاب ولا شك بعد ذلك أن عريضة أمر الأداء يترتب عليه كافة الآثار المترتبة على رفع الدعوى وحذف المشروع الشق الأخير من الفقرة الثانية من المادة 857 من القانون القائم إذ أن الشق الأول من ذات الفقرة حدد الرسوم المستحقة على طلب توقيع الحجز فى هذه الحالة مما يفيد عدم استحقاق رسوم اخرى على هذا الطلب وهو ما يغنى عن الحكم الذى أورده الشق الأخير المحذوف.

ولا يعد تقدير المصروفات القضائية (قائمة الرسوم) من قبيل الأوامر على العرائض أو أمر الأداء

أمر تقدير المصروفات القضائية (قائمة الرسوم) ليس من قبيل الأوامر على العرائض أو أوامر الأداء وإنما هو فى حقيقته مكمل للحكم الذى الزم الخصم بالمصروفات - واعتباره كذلك لا يعنى أن يطبق عليه ما يسرى على الحكم من أحكام وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 643 لسنة 15ق بأن من حيث أن المتظلم يبنى تظلمه على أن الجامعة تعتبر من الهيئات العامة ولا يجوز تحصيل رسوم فيها أسوة بمصالح الحكومة إذ أن مدلول لفظ الحكومة الوارد فى المادة 50 من قانون الرسوم رقم 90 لسنة 1944 -

يشمل الهيئات العامة ، ومن حيث أن لائحة الرسوم والاجراءات المتعلقة بها أمام مجلس الدولة الصادرة بمرسوم 14 اغسطس 1946 والمعدلة بقرارى رئيس الجمهورية رقم 549 لسنة 1959 ورقم 2859 لسنة 1965 - تنص المادة 11 منها على أن " تقدر الرسوم بأمر يصدر من رئيس المحكمة التى أصدرت الحكم بناء على طلب سكرتارية المحكمة " ، وتنص المادة 12 على أن " لذى الشأن أن يعارض فى مقدار الرسوم الصادر بها الأمر وتكون المعارضة بتقرير فى سكرتارية المحكمة فى خلال الثمانية الأيام التالية لاعلان الأمر " ، ثم تنص المادة على أن " تقدم المعارضة الى الدائرة التى اصدرت الحكم " .

ويتضح من ذلك أن لائحة الرسوم المشار إليها قد نظمت المعارضة المتعلقة بمقدار الرسوم ولكنها لم تنص صراحة على كيفية الطعن فى قائمة الرسوم متى كان وجه الاعتراض أو الطعن متعلقا بسبب آخر غير مقدار الرسوم المقدرة فى القائمة ولذلك يتعين الرجوع الى الأحكام المتعلقة بالرسوم القضائية فى المواد المدنية تطبيقا للمادة 3 من قرار رئيس الجمهورية رقم 549 لسنة 1959 سواء فى ذلك ما ورد فى القانون رقم 90 لسنة 1944 الخاص بالرسوم القضائية فى المواد المدنية أو فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، وقد تناول القانون رقم 90 لسنة 1944 أحكام أمر تقدير الرسوم والمعارضة فيه فى الفصل الخامس من الباب الأول منه (المواد من 16 الى 19) الى ان صدر القانون رقم 100 لسنة 1962 والذى أورد نصا تناول التظلم من تقدير المصاريف الصادر بها من التقدير ، وهذا ما حدا بالقضاء - وبخاصة المدنى - الى تكييف أمر تقدير الرسوم بأنه نوع من الأوامر على العرائض أو أنه مكمل للحكم الصادر فى خصوصية المنازعة موضوع الدعوى ،

وأن طريق الطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى ما لم يكن الطعن هو فى قيمة الرسوم المقدرة فى الأمر فيكون الطعن فيه بطريق التظلم على أن يكون الحكم الصادر فى التظلم هو الذى يطعن فيه بطريق الطعن العادية فى الأحكام ، حكم النقض فى القضايا أرقام 96 لسنة 33 ، 219 لسنة 23 ، 386 لسنة 32

غير أن قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968 والمعمول به اعتبارا من 9 نوفمبر سنة 1968 قد عدل جزئها من الأحكام السابقة فى مجال الطعن بطريق المعارضة فى أمر تقدير الرسوم فجعله بصراحة مكملا للحكم الصادر بالالزام إذ نصت المادة 189 على أن " تقدر مصاريف الدعوى فى الحكم إن أمكن ، وإلا قدرها رئيس الهيئة التى اصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له ، ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بها ، ولا يسرى على هذا الأمر السقوط المقرر فى المادة 200 " ، ونصت المادة 190 على أنه " يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر المشار إليه فى المادة السابقة ، ويحصل التظلم أمام المحضر عند اعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم ، وذلك فى خلال ثمانية الأيام التالية لإعلان أمر. " ، وقد اشارت المذكرة الى أن حكم هذه المادة قد حسم الخلاف القضائى الذى ثار فى شأن أمر تقدير المصروفات القضائية فهو ليس بطبيعته من قبيل الأوامر على العرائض بل هو فى حقيقته مكمل للحكم الصادر بالالزام ، فلا يسقط كالأوامر على العرائض إذا لم يقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوما من تاريخ صدوره .

ومن حيث أن المحاكم قد تغفل تقدير مصاريف الدعوى فى الحكم تاركة أمر تقديرها لرئيس الهيئة التى اصدرت الحكم بأمر يصدر على عريضة يقدمها له قلم الكتاب عملا بحكم المادة 189 من قانون المرافعات المشار إليها فإن مهمة القاضى الآمر فى هذه الحالة ليست تنفيذية وإلا ناطها المشرع بأقلام الكتاب وإنما أمره فى هذا الشأن يعتبر فى حقيقة مكملا للحكم الذى ألزم الخصم بالمصروفات ولذلك تقرر بحق ألا يسرى على الأمر على العريضة هذا قواعد السقوط المقررة فى المادة 20 من قانون المرافعات بالنسبة للأوامر على العرائض لأن الأمر فى هذه الحالة من طبيعة الحكم فيجب أن يسرى عليه ما يسرى على الحكم فى هذا الشأن . (حكم المحكمة الادارية العليا بجلسة 1970/5/9 طعن رقم 643 لسنة 15ق) .

وكذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها تاريخ 1962/1/8 بأن الرسم الذى يستأديه قلم الكتاب إنما يجئ بمناسبة الالتجاء إلى القضاء فى طلب أو خصومة تعرض عليه فهو يتولد عن هذا الطلب أو تلك الخصومة ومن ثم فإنه ينزل منها منزلة الفرع من أصله ، وينبنى على ذلك وجوب التزام ما تقتضيه هذه التبعية عند الطعن فى الحكم الصادر فى المنازعة فى أمر تقدير الرسم "حكم النقض فى الطعن رقم 333 لسنة 26 ق فى شان تفسير المادة 18 من القانون رقم 90 لسنة 1944 الخاص بالرسوم القضائية فى المواد المدنية.

ومن حيث انه أعمالاً للمبادئ المتقدمة فإنه متى الزم الحكم أحد الخصوم بالمصروفات دون تحديد قيمتها – فمفاد ذلك أن المحكمة قد ناطت برئيس الهيئة التى أصدرت الحكم سلطة تحديد هذه المصروفات وسلطة رئيس الهيئة فى إصدار أمر على عريضة فى هذه الحالة قاصرة على تقدير المصروفات

دون أن يكون له سلطة الحكم بها فإذا كان الحكم هو إلزام الخصم بالمصروفات المناسبة فالأصل فى هذه الحالة أن لقاضى الأمر حرية تقدير المصروفات المناسبة حسبما يستظهره من ظروف الدعوى ومستنداتها ما لم يلزمه القانون بتقدير معين كما هو الحال فيما يتعلق بالرسوم القضائية النسبية حيث وضع المشرع لها معايير محدودة بحيث تتناسب مع قيمة الدعوى عند رفعها ومع الحكم به عند إلزام الخصم المحكوم عليه بها .

إلا أن اعتبار أمر التقدير الصادر من رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم فى النزاع مكملاً للحكم الصادر فى الدعوى لا يعنى انطباق جميع ما يسرى على الحكم من أحكام خاصة ما يتعلق بطرق الطعن فيه ذلك أن المشرع اختص أمر تقدير الرسوم بحكم خاص هو أن يكون الطعن فيه بطريق التظلم الذى يرفع إلى الهيئة التى أصدرت الحكم فى النزاع الأصلى لتفصل فيه وقد جرى نص لائحة الرسوم وقانون المرافعات السابق على استعمال تعبير " التظلم لأن سلطة القاضى الأمر لا تنصرف إلى إصدار حكم بإلزام خصم معين بالرسوم فهذا أمر منصوص عليه فى ذات الحكم ، وإنما يقتصر اختصاصه على تحديد هذه الرسوم التى يلزم بها الخصم الملزم وفقاً للحكم فإذا شاب الأمر عيب خلاف مطابقة قيمة الرسوم المقدرة لما هو واجب قانوناً -كأن صدر الأمر بإلزام خصم غير الخصم الملتزم بالرسوم وفقاً للحكم أو حصل خطأ فى اسم الملتزم بالرسم أى سبب أخر مبطل لهذا الأمر دون المساس بالحكم الأصلى فى المنازعة موضوع الدعوى ، فإن النصوص السابقة على قانون المرافعات الحالى لم تكن تسعف فى إدخال هذه الأسباب التى يجوز بسببها الطعن فى الأمر بطريق التظلم نظراً لما جرت عليه النصوص من استعمال تعبير الاعتراض على قيمة الرسوم المقدرة " كما سلف البيان مما كان سببا فى تغيير هذه النصوص على أساس انه استثناء من الاعتراض على قيمة الرسوم يكون الطعن فى الأحوال الأخرى بذات الطرق المقررة للطعن فى الأحكام باعتبار الأمر مكمل للحكم وأن التظلم منه هو استثناء من طرق الطعن فى الأحكام .

ومن حيث أن هذا التفسير وتلك التفرقة لا يزالان قائمين فى ظل العمل بأحكام المادة 190 من قانون المرافعات الحالى وذلك أن المادة 189 من هذا القانون نصت على أن تقدر مصاريف الدعوى فى الحكم إن أمكن وإلا قدرها رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له ويعلن هذا الأمر للمحكوم عليه بها.

وحين نصت المادة 190 سالفة الذكر على انه " يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من الأمر المشار إليه فى المادة السابقة ويحصل التظلم أمام المحضر عند إعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم .. قد حصرت سلطة رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم فى تقدير مصاريف الدعوى وذلك بأمر على عريضة كما حصرت التظلم من الأمر المشار إليه والذى يجوز لكل من الخصوم التظلم منه فى حدود التقدير فى قيمة المصاريف وحدها موضوع الأمر على العريضة وهى وحدها موضوع التظلم من هذا الأمر فسلطة رئيس الهيئة لا تتجاوز ذلك الموضوع وهو تقدير المصروفات سواء فى إصداره الأمر على العريضة أو فى نظره فى التظلم المرفوع عن هذا الأمر من أحد الخصوم فإذا تجاوز التظلم حدود الاعتراض على تقدير الرسوم بأن امتد الاعتراض إلى المساس بما ورد فى الحكم من إلزام خصم معين بها فيكون التظلم قد تناول بالطعن الحكم الصادر (من إلزام خصم معين بها فيكون التظلم قد تناول بالطعن الحكم الصادر) من المحكمة فى النزاع فيمس حجية الشئ المقضى به أمر غير جائز إذ أن الطعن فيما ورد بالحكم إنما يكون بالطرق المقررة قانوناً للطعن فى الأحكام.

وأية ذلك أن المادة 189 من قانون المرافعات الحالى لم تغير من عبارة المادة 362 من قانون المرافعات السابق و نصها " تقدر مصاريف الدعوى فى الحكم أن أمكن وإلا قدرها رئيس الهيئة التى أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له" وقد ردد المشرع هذا النص فى المادة 11 من لائحة الرسوم المطبقة أمام مجلس الدولة والصادرة فى 1946/8/14.

وقد كانت المحاكم فى ظل هاتين المادتين ترى أن تقدير رئيس المحكمة للمصاريف المستحقة على الدعوى هو إكمال للحكم الصادر فيها بتحديد الملتزم بها فأمر تقدير المصروفات القضائية هو فى حقيقته مكمل للحكم الصادر فيها بتحديد الملتزم بها محله الاساسى تحديد مقدار المصروفات ، أما ما جاء فى تعهد المادة 189 المشار إليها من أنه لا تسرى على هذا الأمر السقوط المقرر فى المادة 200" والتى تنص على أنه " يسقط الأمر الصادر على عريضة إذا لم يقدم لتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره " قد أفصحت المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالى عن غرض المشرع من إيراد هذا النص فقالت تضمن المشروع نص المادة 189 الذى يقضى بعدم سريان السقوط المقرر فى المادة 200 على الأمر الصادر بتقدير مصاريف الدعوى حسما للخلاف القضائى الذى ثار فى شأن أمر تقدير المصروفات القضائية إذا اعترض على سريان حكم المادة 376 من القانون القائم على الأمر الصادر بتقدير المصروفات القضائية باعتبار أته ليس بطبيعته من قبيل الأوامر على العرائض بل هو فى حقيقته مكمل للحكم الصادر بالإلزام فلا يسقط إذا لم يقدم للتنفيذ فى ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره

أما فيما عدا ذلك فلم يهدف المشرع إلى التغيير فى أحكام الأمر الصادر بتقدير المصروفات ومن ثم يظل موضوع التظلم منه والمنصوص عليه فى المادة 190 من قانون المرافعات منحصراً فى الاعتراض على تقدير قيمة هذه المصروفات ولا يتعداها إلى سبب أخر يتناول شخص الملتزم بها أو أساس هذا الالتزام وهو الموضوع الذى فصلت فيه فيما فصلت المحكمة التى أصدرت الحكم فى الدعوى والذى لا يجوز الطعن فيه إلا بالطرق المقررة قانوناً للطعن فى الأحكام ، ولو قصد المشرع إلى ما وراء ذلك بأن يتناول التظلم موضوعاً غير تقدير قيمة المصروفات أو يقوم على سبب أخر غيرها بأن يمت إلى المساس بما ورد فى الحكم من إلزام خصم معين بالمصروفات لأفصح عن ذلك فى المذكرة الإيضاحية

خصوصاً وأنه قد سبق أن بأن فى المذكرة التفسيرية لقانون الرسوم القضائية فى المواد المدنية رقم 90 لسنة1944 المعمول به عن أن "المعارضة المشار إليها فى هاتين المادتين (17،18) هى التى ترمى إلى منازعة قلم الكتاب فى مقدار الرسوم أما النزاع فى أساس الالتزام ومداه وفى الوفاء به فمجاله إجراءات المرافعات العادية سواء أكان ذلك بالطعن فى الحكم الصادر فى الدعوى أو بطلب تفسيره حسب الأحوال.

ومن حيث أن التظلم القائم قد أقيمت المنازعة فيه على القول بأن الجامعة (المتظلمة) غير ملزمة بأداء رسم لأنها تعتبر من الهيئات العامة ولا يجوز تحصيل رسوم بمصالح منها أسوة بمصالح الحكومة إذ أن مدلول لفظ الحكومة الوارد فى المادة 50 من قانون الرسوم رقم 90 لسنة1944 يشمل الهيئات العامة-يكون هذا التظلم غير جائز إذ أن ذلك يتناول أساس الالتزام بالرسم ومن ثم يكون الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا للطعن فى الأحكام ومن ثم يتعين الحكم بعدم قبول هذا التظلم . (محكمة القضاء الإدارى 1971/2/21 القضية رقم180 لسنة 16ق)

النفاذ المعجل فى أمر الأداء :

تنص المادة 209 من قانون المرافعات على أنه " تسرى على أمر الأداء وعلى الحكم الصادر فى التظلم منه الأحكام الخاصة بالنفاذ المعجل حسب الأحوال التى بينها القانون . ويدل نص المادة 209 على أن أمر الأداء فى طبيعته حكم قضائى فاصل فى خصومة وليس كالأمر الولائى الذى يكون واجب النفاذ دائماً بحكم القانون

وما يسرى على الأحكام من قواعد النفاذ المعجل المنصوص عليها فى المواد 289 وما بعدها يسرى على أوامر الأداء سواء كان النفاذ بقوة القانون أم جوازياً للمحكمة وسواء أكان بغير كفالة أو كان تقديم الكفالة وجوبياً أو جوازياً (الديناصورى وعكاز).

التظلم من وصف النفاذ وجواز طلب وقف النفاذ المشمول به أمر الأداء :

ينطبق على الأمر بالأداء كذلك حكم المادة 291 مرافعات فيجوز التظلم من وصف النفاذ أو رفض الأمر به للمحكمة الاستئنافية بتكليف الخصوم بالحضور كما يجوز إبداء هذا التظلم بالجلسة أثناء نظر الاستئناف المرفوع عن أمر الأداء ويقتصر بحث المحكمة- عند طلب التنفيذ أو طلب منه- على تصحيح الخطأ فيما يتعلق بالتنفيذ كما يجوز فى جميع الأحوال للمحكمة المرفوع إليها الاستئناف أو التظلم من لأمر الأداء أن تأمر بوقف النفاذ المعجل المشمول به أمر الأداء إذا كان يخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ وكانت أسباب الطعن فى الأمر يرجح معها إلغاؤه بالمادة 292مرافعات .(الديناصورى، وعكاظ)

- يجوز الاستشكال فى تنفيذ أمر الأداء المشمول بالنفاذ المعجل : ويكون للمستشكل أن يستند فى أشكاله إلى براءة ذمته من الدين الذى صدر به الأمر ولو لسبب سابق على صدور الأمر ، إذ إنه وإن كان أمر الأداء تثبت له حجية الأحكام حسبما أوضحناه فى التعليق على المادة 203 إلا أنه على خلاف الحكم يصدر دون تمكين المدين من إبداء دفاعه

فلا يجوز أن تحول حجيته دون إبداء هذا الدفاع وفقاً لحظر التنفيذ بمقتضاه (قضاء الأمور المستعجلة للأساتذة محمد على راتب ونصر الدين كامل وفاروق راتب طبعة 1985ص1107- القضاء المستعجل للمستشار محمد عبد اللطيف – الديناصورى وعكاز) غير أنه يلاحظ أنه متى اكتسب أمر الأداء قوة الأمر المقضى بفوات مواعيد التظلم والاستئناف ، أو بالحكم فيهما بتأييده فإنه لا يجوز أن يبنى الأشكال فى تنفيذه إلا على أمر لاحق لصدوره .

بطلان إعلان أمر الأداء :

إذا شاب البطلان صحيفة إعلان الأمر وفقا للقواعد العامة فى البطلان أوراق المحضرين وكانت عريضة طلب الأمر ذاته لم يشملهما شائبة البطلان فإنه ورقة إعلان الأمر هى التى تبطل وحدها دون أن يمتد البطلان إلى الأمر ذاته أو عريضة طلبه التى تبقى صحيحة منتجة هى و الأمر فى قطع مدة التقادم حتى يعلن الأمر مرة أخرى إعلانا صحيحاً خلال الأجل المحدد لإعلان الأمر وكل ما يترتب على بطلان إعلان الأمر أن هذا الإعلان الباطل لا يبدأ به ميعاد التظلم من الأمر وبالتالى لا يبدأ ميعاد الاستئناف فى الأمر إن كان قابلاً له إلا من تاريخ فوات ميعاد التظلم منه محتسباً على أساس الإعلان الصحيح للأمر . (مقال الأستاذ فتحى عبد الصبور فى أوامر الأداء منشور بالمجموعة الرسمية سنة 61ص4544)

الفصل الثالث : للدائن حجز ما يكون لمدينه لدى الغير

تنص المادة 210 من قانون المرافعات على أنه إذا أراد الدائن فى حكم المادة 201 حجز ما يكون لمدينه لدى الغير وفى الأحوال التى يجوز فيها للدائن استصدار أمر من القاضى بالحجز التحفظى يصدر لأمر الحجز من القاضى المختص بإصدار الأمر بالأداء وذلك استثناء من أحكام المواد 275، 319، 327.

وعلى الدائن خلال ثمانية الأيام التالية لتوقيع الحجز أن يتقدم طلب الأداء وصحة إجراءات الحجز إلى القاضى المذكور . و إلا اعتبر الحجز كأن لم يكن . وفى حالة التظلم من أمر الحجز لسبب يتصل بأصل الحق يمتنع إصدار الأمر بالأداء وتحدد جلسة لنظر الدعوى وفقاً للمادة 204.

نص المشروع فى المادة الثانية منه على تعديل الفقرة الثانية من المادة 210 من قانون المرافعات بالاكتفاء بتقديم طلب الأداء وصحة إجراءات الحجز خلال الثمانية أيام التالية لتوقيع الحجز دون استلزام أن تتضمن ورقة تبليغ الحجز إلى المحجوز عليه إخطاره بتقديم هذا الطلب وذلك حتى يتيح للحاجز الفرصة لأن يستكمل إجراءات صحة الحجز قبل أن يطلب ثبوت الحق وصحة هذه الإجراءات وذلك أسوة بما اتبعه المشروع فى حالة استصدار أمر الحجز من قاضى التنفيذ حيث لم يتطلب فى المادة 373 من قانون المرافعات إلا رفع الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الثمانية أيام من إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه ، وباعتبار أن تقديم طلب الأداء يقوم مقام رفع الدعوى ، وبديهى أنه يجب على الحاجز إبلاغ الحجز إلى المحجوز عليه بنفس ورقة الحجز المعلنة إلى المحجوز لديه خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه إلى الأخير و إلا اعتبر الحجز كأن لم يكن شأنه فى ذلك شأن القاعدة المنصوص عليها فى المادة 333 من قانون المرافعات .

يرى البعض قصر حكم المادة على الحجوز التى توقع اقتضاء لدين نقدى (أمينة النمر بند 224) ولكن الواضح من نص المادة أنه جاء عاما يشمل كافة الحجوز التى تسرى عليها المادتان 319 و 327 مرافعات متى تتوافر فيه شروط المادة 201 مرافعات ومن ثم تشمل تلك الحجوز الحجز التحفظى الاستحقاقى المنصوص عليه فى المادة 318 فيسرى حكم المادة فى حالة طلب مالك المنقول المعين بنوعه و مقداره أو بذاته توقيع الحجز الاستحقاقى عليه تحت يد حائزه (1988/3/27 طعن 868 لسنة 54 قضائية).

ولا يتبع الطريق المنصوص عليه فى المادة إلا بالنسبة إلى الدين الذى تتوافر فيه شروط إصدار أمر بالأداء وإلا كان باطلاً (1977/1/5 طعن 460 سنة 42 قضائية – 1977/3/25 – م نقض م – 28 – 801) ويشترط إلا يكون هذا الأمر قد صدر بعد أما إذا كان قد صدر فتتبع القواعد العامة فى الحجز (أمينة النمر بند 224 – سيف فى التنفيذ ص 306)

ويرى البعض أنه يجوز تقديم طلب الأداء ولكن قبل صدوره (النمر بند 230) ولكنه رأى محل نظر لأن النص صريح فى أن يقدم طلب صحة الحجز مع طلب الأداء بما يفيد صدور أمر الحجز قبل تقديم طلب الأداء (كمال عبد العزيز) .

ويعتبر الاختصاص المنصوص عليه فى المادة من النظام العام (أمينة النمر – الوشاحى) ويتعين على القاضى أن يتثبت من اختصاصه فإذا اصدر الأمر خارج اختصاصه كان الأمر باطلا (قارن الديناصورى وعكاز) . حيث يريان أن المسالة تحتاج إلى تفصيل فإذا أصدر القاضى أمرا رغم عدم اختصاصه محليا بإصداره وتظلم منه الصادر ضده ودفع فى صحيفة تظلمه بعدم الاختصاص المحلى تعين على القاضى أن يقضى بإلغاء الأمر

ويقف عند هذا الحد لانه لم يعد أمامه ما يحيله للمحكمة المختصة أما إذا تظلم لأسباب أخرى ولم يتمسك بعدم الاختصاص المحلى فلا يجوز للقاضى أن يتصدى له من تلقاء نفسه لأنه غير متعلق بالنظام العام أما إذا كان القاضى غير مختص اختصاصا متعلقا بالنظام العام كالقيمى والنوعى كان عليه عند نظر التظلم أن يقضى من تلقاء نفسه بإلغاء الأمر والوقوف عند هذا الحد.

وإذا صدر أمـر الحجز وأعقبه أمر الأداء وانصب التظلم على الأمرين كان هناك تظلمان أحدهما فى آمر الحجز والأخر فى أمر الأداء ووجب على المحكمة أن تفصل فى كل تظلم بقضاء مستقل وليس هناك ما يمنع من أن تلغى أمر الحجز وتؤيد أمر الأداء والعكس غير صحيح لأنه لا يجوز إلغاء أمر الأداء والقضاء بصحة الحجز لأنه يتعين لاستمرار الحجز صدور أمر الأداء.

وإذا صدر أمر الحجز من قاض غير مختص أيا كان السبب فى عدم اختصاصه وأعقب ذلك صدر أمر بالأداء وصحة الحجز وتظلم المتظلم فى الأمرين كان على المحكمة أن تقضى بإلغاء أمر الحجز والوقوف عند هذا الحد بالنسبة له وتقضى بإلغاء أمر الأداء وبعدم اختصاص القاضى الأمر بإصداره ثم تحيل الدعوى بالنسبة لموضوع أمر الأداء إلى المحكمة المختصة وفقا لما هو مقرر فى قواعد الاختصاص لأن المطلوب من المحكمة فى أمر الحجز هو طلب وقتى والتظلم فيه تظلم فى أمر ولائى أما المطلوب بأمر الأداء فهو طلب موضوعى التظلم فيه يقتضى عرض الموضوع والفصل فيه بقضاء حاسم ينهى الخصومة هذا مع ملاحظة ما سبق أو أوضحناه تعليقا على المادة 206 من التفرقة بين شروط الدين اللازمة لإصدار الأمر بأدائه وبين إجراءات طلب أمر الأداء)

والأمر الصادر بالحجز هو أمر على عريضة فيخضع فى إجراءاته والتظلم منه للقواعد العامة التى تخضع لها الأوامر على عرائض فى هذا الشأن ، ويكون للقاضى الآمر ذات الولاية المقررة لقاضى التنفيذ إصدار الأوامر على ويجوز للقاضى أن يأذن بالحجز من أجل جزء من الدين دون أن يتناقض ذلك مع تقدير توافر شروط الأداء فى الدين لأنه إنما يصدر أمر الحجز بموجب سلطته الولائية (قرب نقص 28 / 2 1984 فى الطعن 493 لسنة 49 قضائية ويراجع والى فى التنفيذ بند 141 – سيف فى التنفيذ ص 308 – الوشاحى ص 1/91 –وقارن أمينة النمر بند 234 وأبو الوفا فى التنفيذ بند 225 حيث يريان أن القاضى أما أن القاضى أما أن يأمر بالحجز اقتضاء لكل الدين أو برفضه) ورفض إصدار أمر الحجز لا يقيد القاضي عند نظره فى طلب الأداء ول يمنعه من إصداره

ويخضع التظلم من أمر الحجز القواعد التظلم من الأمر على عريضة ، والحكم الصادر فيه حكم وقتى فلا يقيد القاضي عند إصدار أمر الأداء كما لا يقيد محكمة التظلم من أمر الأداء الذى يكون قد صدر بالأداء وصحة الحجز ، أما إذا صدر الحكم فى التظلم الأخير بتأييد أمر الأداء ، فإنه يمتنع نظر التظلم من أمر الحجز ويحكم بعدم قبوله (أمينة النمر بندى 235،216 – أبو الوفا فى التنفيذ).

ويتعين تقديم طلب الأداء وصحة الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ توقيع الحجز فإذا لم يقدم فى الميعاد أو وقع باطلاً اعتبر الحجز كأن لم يكن بقوة دون حاجة إلى صدور حكم بذلك ، ويمتد هذا السقوط إلى الأمر الصادر بتوقيع الحجز فلا يستطيع الدائن الاستناد إليه فى توقيع حجز جديد (أمينة النمر 243 – جميعى فى التنفيذ ص 306) وليس ثمة ما يمنع من صدور الأمر فى طلب الأداء بثبوت الحق ورفض طلب صحة الحجز لعيب فى إجراءاته.

أحكام النقض :

يترتب على الحكم ببطلان أمر الأداء وإلغاؤه زوال ما كان لهذا الأمر من أثر فى قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبنى عليه كأن لم يكن (نقض 1969/10/21 سنة 20ص 1138) . مفاد نص الفقرة الأولى من المادة 210 من قانون المرافعات والفقرة الأولى من المادة 201 من ذات القانون أنه متى توافرت فى الدين المطالب به شروط استصدار أمر الأداء – بأن كان ثابتاً بالكتابة حال الأداء معين المقدار – فعلى الدائن إذا أراد توقيع الحجز التحفظى حجز ما للمدين لدى الغير وفاء لدينه أن يستصدر أمر الحجز من القاضى المختص بإصدار أمر الأداء وتقدير توافر الشروط المذكورة هو مما يدخل فى حدود سلطة محكمة الموضوع متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة . (نقض 1977/1/5 الطعن رقم 460 لسنة 42 ق).

اختصاص قاضى التنفيذ بإصدار الأمر بالحجز . الاستثناء . اختصاص قاضى أمر الأداء بإصداره متى توافر فى الدين شروط استصدار أمر الأداء ومنها أن يكون الدين معين المقدار بمعنى ألا يكون بحسب الظاهر من عباراته قابلاً للمنازعة فيه.(نقض 1991/6/10 طعن رقم 2881 لسنة 57 قضائية)

مفاد النص المادتين 858،545 مرافعات . (المقابلتين 210،327 من القانون الحالى) أن الأمر بتوقع حجز ما للمدين لدى الغير يصدر إما من قاضى الأمور الوقتية وإما من قاضى الأداء تبعاً لطبيعة الدين المحجوز من أجله فإذا كان الدين من الديون التى تتوافر فيها شروط إصدار أمر الأداء لجأ الدائن إلى قاضى الأداء فإنه يلجأ إلى قاضى الأمور الوقتية ، وينبنى على ذلك إذا أنه إذا صدر أمر الحجز من قاضى الأداء فى حالة لا تتوافر فيها شروط إصدار أمر الأداء فإن الحجز يكون باطلاً وكذلك العكس .

لما كان ما تقدم وكان الحكم الصادر من محكمة أول درجة قد قضى ببطلان أمر الأداء المعارض فيه بناء على أنه صدر فى غير الحالات التى يجوز فيها إصداره وكان أمر الحجز قد صدر من ذات رئيس المختص بإصدار أوامر الأداء فغن ذلك يستتبع بطلانها لأنه كان يتعين صدورها من قاضى الأمور بالمحكمة بدلاً من قاضى الأداء .(نقض 77/3/28 سنة 28 ص 801).

إذا كان بطلان أمر أداء – الذى قضت به محكمة المعارضة – يرجع على عدم توافر الشروط التى يتطلبها القانون فى الدين المطالب بإصدار الأمر بأدائه ، فغن هذا البطلان لا يمتد لطلب أمر الأداء الذى هو بديل ورقة التكليف بالحضور ويبقى لتقديم هذا الطلب أثره فى قطع التقدم .(نقض 69/10/21 سنة 20 ص 1138)

المقرر أنه سواء كان أمر الحجز التحفظى ما للمدين لدى الغير قد صدر من القاضى المختص بإصدار أوامر الأداء فى الحالات التى يجوز له فيها ذلك وفقاً للمادة 210 من قانون المرافعات أو كان أمر الحجز التحفظى قد صدر من قاضى التنفيذ إذا لم يكن بيد الدائن سند تنفيذى أو كان دينه غير معين المقدار وفقا للمادة 327 من قانون المرافعات فإنه يتعين على الدائن فى الحالتين أن يطلب بثبوت الحق وصحة الحجز خلال ميعاد معين وهو الثمانية أيام التالية لتوقيع الحجز فى خالة صدوره من قاضى الأداء وفقاً للمادة 210 سالفة البيان ، أو فى خلال الثمانية أيام التالية لإعلان ورقة الحجز إلى المحجوز لديه فى الحالة الثانية وفقاً للمادة 333 من قانون المرافعات مما رتب المشرع مخالفة ذلك فى الحالتين اعتبار الحجز كأن لم يكن.

وكانت الدعوى بطلب ثبوت الحق وصحة الحجز لم ترفع إلا بعد تجاوز هذا الميعاد كان مقتضى ، ذلك هو قبول الدفع المبدى من الطاعن باعتبار الحجز كأن لم يكن دون مساس بالدعوى ذاتها التى استقامت صحيحة بما لا يحول دون نظرها كدعوى مستقلة لا علاقة لها بالحجز الذى لم يطلب الحكم بصحته فى الميعاد.

مؤدى نص المادة 858 من قانون المرافعات السابق أن القانون أدى للدائن ثمانية تالية لتوقيع الحجز وحتم عليه أن يقدم خلال هذا الميعاد طلب أمر الأداء مصحوباً بطلب صحة الحجز باعتبار أن ثبوت الحق فى ذمة المدين شرط لصحة الحجز بموجبه ، ولا يوجد ما يمنع من صدور الأمر فى طلب الأداء لثبوت الحق فيه ، ورفض طلب صحة لحجز لعيب فى إجراءاته ، يؤكد ذلك ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 858 مرافعات من أن إصدار أمر الأداء لا يمتنع إلا فى حالة التظلم من أمر الحجز لسبب يتصل بأصل الحق . (نقض 71/6/24 سنة 22 ص 818).

الأمر بتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير . صدوره من قاضى الأمور الوقتية أو من القاضى المختص بإصدار أمر الأداء تبعا لطبيعة الدين المحجوز من أجله.

قاضى التنفيذ .اختصاصه وحده بالأمر بالحجز فى الحالات التى يلزم إذن القضاء لتوقيعه . الاستثناء . اختصاص رئيس الهيئة التى تنظر دعوى اصل الحق وقاضى الأداء عند توافر شروط أمر الأداء . المادتان 210 ، 319 /4 مرافعات

أمر الحجز التحفظى الصادر من قاضى الأداء أو قاضى التنفيذ . وجوب طلب الحكم بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الميعاد وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن . المادتان 320،210 مرافعات . وجوب رفع دعوى ثبوت الحق بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى . أثر مخالفة ذلك . عدم القبول . واعتبار طلب الأداء بديلاً لصحيفة الدعوى . شرطه . توافر شروط استصدار أمر الأداء فى الدين .(نقض 1988/3/27 طعن رقم 868 لسنة 54 قضائية ، نقض 1989/6/21 طعن رقم 2353 لسنة 57 قضائية).

النص فى المادة 204 من قانون المرافعات على أنه " إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب إلى كل طلبات كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر وان يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها " يدل على أن المشرع أوجب على القاضى متى لم ير توافر شروط إصدار الأمر بالأداء فى الدين موضوع المطالبة ، أو رأى ألا يجيب الطالب لبعض طلباته أن يمتنع عن إصداره ، ويحدد جلسة أمام المحكمة تتبع فيها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – القواعد والإجراءات العادية للدعوى المبتدأة دون نظر إلى إجراءات طلب أمر الأداء التى انتهت بالرفض

بحيث لا يكفى أن يكون إعلان الطالب خصمه مقصوراً على تكليفه بالحضور أمام المحكمة بالجلسة المحددة بل يتعين كذلك إعلانه بصورة من عريضة الطلب المشتملة على وقائع الدعوى وأدلتها وأسانيدها وطلبات المدعى فيها عملاً بالقاعدة الأصلية التى تقضى بها المادة 63 من قانون المرافعات ، لما كان ذلك . وكان الواقع فى الدعوى أخذاً من مدونات الحكم المطعون فيه أن عريضة استصدار أمر الأداء تضمنت مطالبة الطاعنين بالأجرة المستحقة عليهما لجهة الوقت بمقتضى عقد الإيجار المؤرخ 1948/3/12 ، وكان أول درجة عند تحديد جلسة أمامها بعد رفض الأمر ، إذ تبينت أنه أرفق بعريضته عقداً أخر مؤرخاً 1946/12/17 مبرم بين ذات الخصمين فقد عمد المطعون عليه الأول إلى تقديم العقد المشار إليه بالعريضة وكان الحكم الإبتدائى قد قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانونى على سند من أن سبيل أمر الأداء لم يتبع رغم وجوبه بصدد العقد المطالب بالأجرة المستحقة عنه والذى قدم مؤخراً ، قولاً منها بأن عقداً أخر مؤرخ 1948/3/12 هو الذى كان مرفقاً بعريضة استصدار الأمر

فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من سلامة الإجراءات المتبعة طالما أعلن الخصمان بصحيفة دعوى تضمنت الوقائع والأسانيد وقدم دليلها من عقد الإيجار الصحيح الذى تقوم المطالبة على أساسه ، وما رتبه على ذلك من إلغاء قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى ، لا مخالفة فيه للقانون . لئن كان ما تقدم إلا أنه المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن سلوك سبيل أمر الأداء عند توافر شروطه وإذا كان وجوبياً يترتب على مخالفته عدم قبول الدعوى التى ترفع ابتداء إلى المحكمة بالطريق العادى إلا أن الدفع به شكلى يتعلق ببطلان إجراءات الخصومة ، ومن ثم متى قبلته محكمة أول درجة فإنها لا تكون قد استنفدت ولايتها ، بحيث إذا ألغى حكمها فى الاستئناف وجب إعادة الدعوى إلى المحكمة الابتدائية للفصل فى الموضوع اعتباراً بأن مبدأ التقاضى على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائى ويكون حكم محكمة الاستئناف باطلاً إن هى تصدت للموضوع وترتب تصديها الإخلال بالمبدأ . ولا يزيل هذا البطلان عدم التمسك أمامها بإعادة القضية لمحكمة أول درجة ، لما كان ما سلف وكان الواقع فى الدعوى أن محكمة أول درجة حكمت بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانونى . ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم قاضية بقبولها ومتصدية فى ذات الوقت لموضوعها وفاصلة فيه ، دون أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة.

إذا كان بطلان أمر الأداء – الذى قضت به محكمة المعارضة – يرجع إلى عدم توافر الشروط التى يتطلبها القانون فى الدين المطالب بإصدار الأمر بأدائه ، فإن هذا البطلان لا يمتد لطلب أمر الأداء الذى هو بديل ورقة التكليف بالحضور ويبقى لتقديم هذا الطلب أثره فى قطع التقادم . (نقض 1969/10/21 سنة 20 ص 1138).

لما كان الثابت من صحيفة إعلان الامتناع عن إصدار الأمر بالأداء وتحديد جلسة لنظر الدعوى أن الطاعن قد حدد طلباته فيها ومن بينهما طلب إلزام المطعون عليه بأن يؤدى له الفوائد التعويضية مقابل انتفاعه دون حق بالمبلغ المطالب به واستغلاله وحرمان الطاعن من استثماره وذلك بواقع 25%سنوياً من تاريخ استحقاق الشيك فى 1984/7/20 وحتى تمام السداد ، كما طلب فى مذكرة دفاعه أمام محكمة الاستئناف إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الضرر الذى لحقه بسبب ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الطلب على ما ذهب إليه من أنه ليس من بين طلبات الطاعن الواردة فى عريضة استصدار أمر الأداء والتكليف بالحضور واعتبره غير مطروح فى الدعوى متحجباً بذلك عن بحثه والفصل فيه يكون فضلاً عن مخالفته للثابت بالأوراق معيباً بالقصور فى التسبيب (الطعن رقم 3263 لسنة 60ق جلسة 1995/4/23).

أمر الأداء . ليس للقاضى إجابة الطلب إلى بعض طلباته دون البعض الأخر . وجوب امتناعه فى هذه الحالة عن إصدار أمر الأداء وتحديد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة وتكليف الطالب إعلان خصمه إليها . رفض شمول الأمر بالنفاذ لا يعتبر رفضاً لبعض الطلبات . إصدار القاضى أمراً بالأداء متضمناً إجابة بعض الطلبات ورفض لبعضها الأخر ليس من بينها طلب شمول الأمر بالنفاذ . أثره . بطلان الأمر . امتداد هذا البطلان إلى الحكم الصادر فى التظلم بتأييده و الحكم الصادر فى الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف مثال بشأن التظلم رفض الأمر بالفوائد وإجابة باقى الطلبات . (نقض 1993/6/14 طعن رقم 2166 لسنة 62 قضائية).

عدم توافر شروط إصدار الأمر بالأداء . أثره . امتناع القاضى عن إصداره وتحديد جلسة لنظر الدعوى . تقديم طلب أمر الأداء بديل لإيداع صحيفة الدعوى . إعلان هذا الطلب مذيلاً بأمر الرفض والتكليف بالحضور لسماع الحكم بالطلبات ، مؤداه انعقاد الخصومة فى الدعوى ولو كان مبنى رفض إصدار الأمر بالأداء أن الطلب فى غير حالاته مادة 204 مرافعات . (نقض 1993/4/26 طعن رقم 1099 لسنة 58 قضائية) .

تقديم طلب أمر الأداء . بديل لإيداع صحيفة الدعوى . إعلان هذا الطلب مذيلاً بأمر الرفض أو التكليف بالحضور لسماع الحكم بالطلبات . مؤداه . انعقاد الخصومة فى الدعوى ولو كان مبنى رفض إصدار الأمر بالأداء أن الطلب فى غير حالاته . (نقض 1984/5/3 طعن رقم 1275 لسنة 50 قضائية). العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى – وعلى ما جرى به بالقضاء ، وإذن لا يتعلق شرط التكليف بالوفاء بالعريضة ذاتها إنما هو شرط لصدور الأمر.

وكان الطاعن لم ينع بأى عيب على هذه العريضة ، وانصب نعيه على إجراء سابق عليها هو التكليف فإن قضاء محكمة الاستئناف ببطلان أمر الأداء المطعون فيه بسبب بطلان تكليف المستأنف (الطاعن) بالوفاء بالدين المطالب به ، لا يحجبها – وقد اتصلت الخصومة بالقضاء اتصالاً صحيحاً – عن الفصل فى موضوع النزاع (نقض 1974/6/16 سنة 25 ص 1082)

عدم توافر شروط إصدار أمر الأداء .أثره. امتناع القاضى عن إصداره وتحديد جلسة لنظر الدعوى تتبع فيها القواعد والإجراءات العادية للدعوى المبتدأة .إجراءات طلب أمر الأداء المرفوض . لا محل للنظر إليها. مادة 204 مرافعات .(نقض1986/1/8 طعن رقم 633 لسنة 52 قضائية، نقض 1969/5/6 سنة 20 ص732) .

النص فى المادة 204 من قانون المرافعات الواردة فى الباب الخامس بأوامر الأداء على أنه "إذا رأى القاضى ألا يجيب الطالب إلى كل طلباته كان عليه أن يمتنع عن إصدار الأمر وأن يحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة مع تكليف الطالب بإعلان خصمه إليها". يدل على أن المشرع أوجب على القاضى متى رأى عدم توافر شروط إصدار الأمر بالأداء فى الدين موضوع المطالبة ، أو رأى ألا يجيب الطالب لبعض طلباته أن يمتنع عن إصداره ، ويحدد جلسة لنظر الدعوى أمام المحكمة .(نقض 1989/5/14 طعن رقم 1916 لسنة 54 ق).

المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن العريضة التى تقدم لاستصدار أثر الأداء تعتبر بديلة لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء ويترتب عليها كأنه الآثار المترتبة على رفع الدعوى . (الطعن رقم 462 لسنة 54 ق جلسة 1987/12/24).

عريضة أمر الأداء هى بديلة ورقة التكليف بالحضور وبها تتصل الدعوى بالقضاء ببطلان أمر الأداء لصدوره فى غير حالاته . عدم تعلقه بالعريضة ذاتها أثره – استيفاء محكمة أول درجة ولايتها بالحكم فى موضوع الدعوى وجوب ألا تقف محكمة الاستئناف عند حد تقرير بطلان أمر الأداء والحكم الصادر فى التظلم منه وأن تمضى فى الفصل فى موضوع الدعوى الجديد . (الدعوى رقم 2166 لسنة 62 ق جلسة 1993/6/14).

طلب استصدار أمر أداء (1)

مادة 202

السيد الأستاذ قاضى محكمة......

بعد التحية

يتقدم بهذا الطلب إلى سيادتكم ... ... ومهنته ... والمقيم برقم... بشارع..... بدائرة قسم .... والمتخذ له محلاً مختاراً ....

ضــد

السيد / ... ... ومهنته .... والمقيم برقم .... بشارع .... بدائرة قسم ......

ويتشرف بعرض الآتى :

بموجب ..... مؤرخ .... يداين الطالب المقدم ضده هذا الطلب بمبلغ .... يستحق السداد يوم ...

(1) انظر موسوعة الصيغ للمستشار سيد البغال

وذلك بخلاف الفوائد القانونية من تاريخ ....حتى تمام السداد. وحيث أن السيد المدين المذكور امتنع عن السداد رغم إخطاره بوجوبه بخطاب موصى عليه بعلم الوصول تسلمه بتاريخ .... (أو رفض استلامه بتاريخ ....).

لــذلك

وبعد الاطلاع على سند الدين والإخطار بالسداد سالفى الذكر يلتمس مقدمة صدور أمركم بإلزام المدين السيد/... ... بأن يؤدى للطالب مبلغ .... والفوائد القانونية من تاريخ .... حتى تمام السداد مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

التاريخ / /2000

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

صيغة أخرى لطلب استصدار أمر أداء(1)

مادة 202

السيد / قاضى محكمة المواد الجزئية (أو رئيس محكمة الابتدائية).

مقدمة (أ)ومهنته....... وجنسيته .... مقيم .... وموطنه المختار مكتب الأستاذ .... المحامى بجهة .... (يجب أن يكون بالبلدة التى بها مقر المحكمة)

ضـــد

(ب) ومهنته .... وجنسيته .... ويقيم ....

يتشرف بعرض الاتى:-

بموجب سند إذنى (أو إقرار ....) تاريخه .

يداين الطالب (ب) بمبلغ ...... مستحق السداد فى يوم .... بخلاف الفوائد المتفق عليها بواقع .... من تاريخ .... حتى تمام السداد .

وحيث أن (ب) أمتنع عن سداد هذا المبلغ رغم إنذاره بخطاب مسجل بعلم الوصـول بتـاريخ ....(أو بروتسـتو بعـدم الدفـع أو إنذار معلن بتاريخ ....) بالتنبيه عليه بالسداد .

---

(1) الصيغ القانونية للأوراق القضائية للأستاذين شوقى وهبى ومهنى مشرقى الطبعة الرابعة ص.17

لــذلك

و بعد الاطلاع على سند الدين وصورة الخطاب المسجل وإيصال البريد (أو البروتستو أو بالإنذار) سالفى الذكر يلتمس مقدمة صدور الأمر بإلزام (ب) بأن يؤدى إلى الطلب مبلغ .... أصلاً والفوائد بواقع .... من تاريخ .... إلى تمام السداد مع إلزامه أيضا بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام .

وكيل الطالب

صيغة أخرى لطلب استصدار أمر أداء (1)

مادة 202

السيد رئيس محكمة ....

مقدمة .... مهنته .... المقيم برقم .... شارع .... قسم .... محافظة .... ومحله المختار مكتب الأستاذ المحامى الكائن (فى دائرة اختصاص المحكمة ولإجاز إعلانه بقلم الكتاب) .

ضــد

السيد .... ومهنته .... المقيم برقم .... شارع .... قسم ...... محافظة ....

1الموضـوع

بموجب سند إذنى محرر بتاريخ / / 19 بداية الطالب المقدم ضده بمبلغ .... جنيها نستحق الوفاء فى / / 19 وعند حلول هذا الأجل قام الطالب بتكليف المذكور بالوفاء بكتاب مسجل مع علم الوصول بتاريخ / / 19 ضمنه المديونية سالفة البيان وحلول أجل الدين فى

(1) المستشار أنور طلبه المرجع السابق ص350

/ / 19 ونبه عليه بالوفاء خلال خمسة أيام من تاريخ هذا التكليف إلا أنه أمتنع بدون سند من القانون ولم يقم بالوفاء رغم انقضاء الأجل .ولما كان حق الطالب ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار فإن سبيله إلى المطالبة به يكون عن طريق أمر الأداء عملا بنص المادة من قانون المرافعات

(ويرفق الطالب بهذه العريضة حافظة مستندات متضمنة سند وما يثبت حصول التكليف بالوفاء).

بناء عليه :

يلتمس الطالب بعد الاطلاع على هذه العريضة والمستندات التى طويت عليها حافظة وعلى المواد 201 – 203 من قانون المرافعات إصدار الأمر بإلزام المقدم ضده بأن يؤدى للطالب مبلغ .... جنيها والفوائد القانونية بواقع ....% سنوياً من تاريخ تقديم هذه العريضة وحتى السداد مع المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة وشمول الأمر بالنفاذ المعجل بلا كفالة.

تحريراً فى / / 19

(وكيل الطالب)

صيغة أخرى لطلب استصدار أمر أداء (1)

مادة 202

السيد /الأستاذ قاضى (أو رئيس محكمة)

تحية طيبة وبعد

مقدمة .... مهنته .... وجنسيته .... والمقيم .... بشارع .... رقم ....
قسم .... محافظة .... ومحلة المختار مكتب السيد /الأستاذ .... المحامى ....
بشارع .... رقم .... قسم .... محافظة ....

ضـــد

السيد .... ومهنته .... وجنسيته .... ومقيم .... بشارع .... رقم
.... قسم .... محافظة ....

ونتشرف بعرض الاتى:

(1) المستشار أنور العمروسى المرجع السابق ص 633 .

الموضــوع

يداين الطالب المعروض ضده فى مبلغ .... مليم جنيه (وذلك بموجب (سند - عقد-كمبيالة-إيصال) يستحق السداد فى / / فلم ينص

وقد قام الطالب بتكليف المعروض ضده بالوفاء بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول (أو إنذاره على يد محضر- أو بروتستو عدم (الدفع بتاريخ / / فلم ينص .

فقد تقدم بهذا الطلب .

بناء عليه :

يلتمس الطالب من سيادتكم - بعد الاطلاع على هذا الطلب والسند المرفق والتكليف بالوفاء ومواد القانون - صدور أمركم بإلزام المعروض ضده بأن يؤدى للطالب مبلغ مليم جنيه ( ) والمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة . مع حفظ كافة حقوق الطالب بجميع أنواعها ومشتملاتها السابقة والحالية والمستقبلة.

وتفضلوا سيادتكم بقبول وافر الشكر

إعلان أمر أداء

مادة205 مرافعات

انه فى يوم

بناء على طلب .... ومحله المختار ....

أنا .... محضر محكمة .... قد انتقلت فى تاريخه حيث إقامة السيد / .... والمقيم .... بندر أو مركز ...... محافظة ....

وأعلنته

بصورة من طلب استصدار أمر أداء المقدم من الطالب وأمر أداء الصادر لصالحه تحت رقم .... لسنة ...... من السيد قاضى محكمة .... الجزئية (أو رئيس محكمة .... الابتدائية) والسطرين أعلاه ونبهت عليه أن لم يتظلم من هذا الأمر خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الإعلان فإن الأمر يصبح نهائياً واجب النفاذ .

ولأجل العلم

صحيفة تظلم من أمر أداء(1)

(1) الأستاذين شوقى وهبى ومهنى مشرقى

المواد 206 و 207 و 209 مرافعات

انه فى يوم ....

بناء على طلب (ب) ومهنته .... وجنسيته .... ومقيم .... وموطنه المختار مكتب الأستاذ .... المحامى بشارع .... بجهة ....

أنا .... محضر محكمة .... قد انتقلت فى التاريخ المذكور أعلاه إلى محل إقامة (أ) ومهنته ...... وجنسيته .... ومقيم .... ويعلن بموطنه المختار بمكتب الأستاذ .... المحامى بشارع بجهة .... مخاطباً مع ....

وأعلنته بالآتى

بتاريخ / / 19 صدر لصالح المعلن إليه أمر الأداء رقم سنة ...... من السيد / قاضى محكمة .... الجزئية (أو رئيس محكمة .... الابتدائية) بإلزام الطالب بأن يؤدى مبلغ .... وهو عبارة وقد أعلن الطالب بهذا الأمر بتاريخ / / 19 وأن هذا الأمر قد جاء مجحفا بحقوق الطالب لأن .... (تذكر الأسباب) .

لــذلك

أنا المحضر سالف الذكر قد أعلنت المعلن له بصورة من هذا وكلفته بالحضور أمام محكمة .... الجزئية (أو الدائرة .... بمحكمة ...... الابتدائية) والكائن مقرها .... بجلستها التى ستعقد علناً يوم .... ابتداء من الساعة الثامنة صباحاً لسماعه الحكم بقبول هذا التظلم شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الأمر المبين بصدد هذه العريضة بكامل أجزائه واعتباره كأن لم يكن مع إلزام المعلن إليه بالمصروفات و مقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ المعجل . مع حفظ كافة حقوق الطلب الأخرى .

صحيفة تظلم أخرى من أمر أداء(1)

المواد 206و207و209 مرافعات

إنه فى يوم ....

بناء على طلب ....

أنا .... محضر محكمة ....

وأعلنته بالاتى

(ب) بتاريخ ....

وحيث أن هذا الأمر جاء مجحفا بحقوق الطالب لان ....

(تذكرة للأسباب).

لــذلك أنا المحضر السالف الذكر .... لسماعه الحكم بقبول هذا التظلم شكلاً وفى الموضوع بإلغاء الأمر المبين بصورة هذه العريضة بكامل أجزائه واعتباره مع إلزام المعلن إليه بالمصروفات والأتعاب بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ومع حفظ كافة حقوق الطالب الأخرى .

ولأجل العلم ....

(1) المستشار الدكتور أبو البريد على المتيت المرجع السابق ص 102.

طلب شهادة بعدم حصول تظلم من أمر الأداء

السيد كاتب أول محكمة ....

مقدمه .... ومهنته .... المقيم .... برقم .... بشارع .... بدائرة قسم ..... ويلتمس إعطاؤه شهادة بعدم حصول تظلم من الأداء رقم ...... لسنة ...... الصادر لصالحى ضد السيد / .... بتاريخ .... عن المدة من .... إلى .....

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام،،،

إمضاء

الطالب

طلب استصدار أمر أداء عن دين أجره متأخرة

مادة 201 مرافعات

السيد الأستاذ رئيس محكمة ....الابتدائية

تحية طيبة وبعد

مقدمه لسيادتكم /.......... والمقيم .... بندر أو مركز .... محافظة .... و محلها المختار مكتب الأستاذ .... المحامى .

ضــد

بموجب عقد إيجار مؤرخ ...... استأجر المعلن إليه من الطالب الشقة رقم ..... الكائنة .... مقابل إيجار شهرى قدره ..... يدفع مقدماً كل أول شهر.

وحيث أن المعلن امتنع عن سداد الأجرة ابتداء من شهر ...... وحتى .... وأصبح المتأخر عليه مبلغ وقدره ..... .(ملحوظة : إذا قلت الأجرة عن عشرة الآف جنيه كان الاختصاص للقاضى الجزئى بوصفه قاضياً للأمور الوقتية).

وحيث أن الطالب امتنع عن سداد الأجرة بدون وجه حق ولم تجد معه المطالبات الودية الأمر الذى حدا بالطالب بتكليف المعلن إليه بالوفاء بالأجرة الثابتة بصدد العريضة وذلك بموجب إنذار على يد محضر أعلن إليه بتاريخ / / 2004...

وحيث أنه لما كان ذلك كذلك ، وكان دين الأجرة المطالب به ثابتاً بالكتابة وحال الأداء ومعين المقدار ، ومن ثم وبموجب هذه العريضة لا يسع الطالب إلا أن يتقدم لسيادتكم طالباً استصدار أمر أداء .

لـــذلك

وبعد الاطلاع على الأوراق والتكليف بالوفاء يلتمس مقدمه صدور أمركم بإلزام السيد/ .... بأن يؤدى للطالب مبلغ .... مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة مع شمول الأمر بالنفاذ المعجل وبلا كفالة .

وتفضلوا بقبول وافر الاحترام ،،،

فى / /2000 الطالب

(إمضاء)

طلب استصدار أمر أداء منقول معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره(1)

مادة 1/201 مرافعات

السيد الأستاذ رئيس محكمة ....

تحية طيبة وبعد

مقدمه لسيادتكم .... المقيم .... وموطنه المختار .... المحامى

ضـد

السيد /........... المقيم .... بندر أو مركز .... محافظته ....

الموضــوع

بموجب .... مؤرخ ..... يداين الطالب المعلن إليه بـ (يذكر المنقول المثنى المعين بنوعه ومقداره).

وحيث أن المعلن إليه امتنع عن أداء هذا المنقول إلى الطالب بالرغم من المطالبات الودية العديدة والمتكررة ، وبالرغم من إخطاره بوجوب الأداء بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول تسلمه بتاريخ ....

---

(1) المستشار سيد البغال .

(أو بالرغم من إنذاره بوجوب الأداء وذلك على يد محضر بتاريخ ....) إلا أنه تقاعس عن الأداء ولم يحرك ساكناً.

وحيث أنه يحق للطالب إزاء ذلك أن يتقدم إلى سيادتكم طالباً إصدار الأمر بالأداء .

لــذلك

وبعد الاطلاع على سند الدين والإخطار بالأداء سالفى الذكر يلتمس مقدمه صدور أمركم بإلزام المعلن إليه السيد /........ بأن يؤدى للطالب الـ ..... المبين نوعاً ومقداره بهذا الطلب مع إلزامه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

وتفضلوا بقبول وافر الاحترام،،،

وكيل الطالب

المحامى

ملحوظة :

لا يجوز الالتجاء إلى طريق أمر الأداء إذا كان المنقول معين النوع غير معين المقدار أو العكس :

لا يجوز طلب استصدار أمر أداء بمنقول معين بالنوع فقط دون المقدار ولو تضمن العقد ما يمكن تعيين المقدار ، وإنما يتعين فى هذه الحالة الالتجاء إلى طريق الدعوى ذلك لاحتمال المنازعة حول عناصر التقدير ، غير أن ذلك لا ينال مما إذا كان يتم بمجرد عملية حسابية بسيطة .(انظر ما سبق شرحه).

طلب استصدار أمر أداء بموجب ورقة تجارية

مادة 2/201 مرافعات

السيد الأستاذ رئيس محكمة ....

تحية طيبة وبعد

مقدمه لسيادتكم .... المقيم........ وموطنه المختار ...... "المحامى "

ضــد

السيد /.......... ومهنته .... المقيم .... بندر أو مركز .... محافظة...........

الموضـوع

الطالب يداين المعلن إليه بمبلغ .... بموجب سنداً إذنياً مؤرخاً / / 2004
يستحق السداد بتاريخ / /2004 .

ولما كان الأمر كذلك وحل ميعاد السداد وطلب الطالب من المعلن إليه بقيمة السند الأذنى المذكور إلا انه تقاعس عن السداد بالرغم من المطالبات الودية إلا الذى دعى الطالب بتكليفه بالوفاء وذلك بموجب إنذار على محضر أعلن إليه بتاريخ / /2004 إلا انه لم يحرك ساكناً.

وحيث أنه والأمر كذلك فالطالب يتقدم لسيادتكم لاستصدار أمر أداء يقضى بإلزام المعلن إليه بأن يؤدى إليه المبلغ المذكور بصدد الطلب.

بناء عليه :

يلتمس الطالب بعد الاطلاع على السند الأذنى المذكور والإنذار المعلن إلى المعلن إليه على يد محضر بصدور أمركم بإلزام المعلن إليه السيد /........ بأن يؤدى إلى الطالب مبلغ .... والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

تكليف بالوفاء

مادة 202 مرافعات :

انه فى يوم ....

بناء على طلب /......... ومهنته .... والمقيم .... وموطن المختار .... "المحامى"

أنا .... محضر محكمة .... قد انتقلت فى التاريخ أعلاه إلى محل إقامة السيد/............. ومهنته .... المقيم .... محافظة ....

وأنذرته بالآتى

يداين الطالب المنذر إليه بمبلغ .... تحرر بشأنه .... واستحق السداد بتاريخ / /2004 .

ولما كانت المطالبات بتكليفه بسداد هذا المبلغ خلال خمسة أيام من تاريخ هذا الإنذار وإلا سنضطر آسفين إلى اتخاذ كافة الإجراءات القانونية للمحافظة على حقوق الطالب ومنها استصدار أمر أداء.

بناء عليه

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت فى التاريخ أعلاه حيث إقامة المعلن إليه وسلمته صورة من هذا الإنذار وإلا سنضطر آسفين إلى اتخاذ كافة الإجراءات القانونية للمحافظة على حقوق الطالب ومنها استصدار أمر أداء .

ولأجل العلم

ملحوظة:

(1): لم يشترط القانون وجوب حصول التكليف بالوفاء بموجب إنذار على يد محضر وإنما يكفى فى ذلك إن يحصل بكتاب مسجل مع علم الوصول .

... ولكننا نستصوب إن يتم التكليف بالوفاء بموجب إنذار على يد محضر ، ذلك لأنه كثيراً ما يتأخر تسليم الدائن مرسل الكتاب المسجل مع علم الوصول إلى وقت قد يستطيل كثيراً مما يعطل إمكانية التقدم بطلب استصدار أمر الأداء نظراً لوجوب تقديم علم الوصول مع سند الدين رفق عريضة طلب الأداء

ملحوظة(2): ووفقاً لحكم القانون فان بروتستو عدم الدفع يقوم مقام التكليف بالوفاء وذلك باعتباره ورقة من أوراق المحضرين ووسيلة لاثبات امتناع المدين عن الوفاء . وتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير أو الحجز التحفظى يعتبر تكليفاً بالوفاء (مادة 210 مرافعات).

طلب استصدار أمر أداء مقدم إلى محكمة متفق على اختصاصها

مادة 1/62 مرافعات

السيد رئيس محكمة .... الابتدائية

تحية طيبة وبعد

مقدمه لسيادتكم /............ المقيم .... وموطنه المختار ...."المحامى"

ضـــد

السيد/ .... ومهنته .... المقيم ....محافظة ....

الموضوع

بموجب سند إذنى (أو إقرار ....) والصادر بتاريخ .... يدين الطالب المعلن إليه بمبلغ .... مستحق السداد فى يوم .... بخلاف الفوائد المتفق عليها بواقع ....من تاريخ .... حتى تمام السداد.

ولما كان المعلن إليه امتنع عن سداد هذا المبلغ رغم إنذاره على يد محضر (أو بخطاب مسجل بعلم الوصول) بتاريخ ....أو بروتستو بعدم الدفع بتاريخ ....التنبيه عليه بالسداد .

وطبقاً لنص المادة 202 مرافعات يحق للطالب استصدار أمر أداء .

ولما كان الإقرار المذكور بصدد العريضة قد تضمن موافقة المقر (المدين) على انه فى حالة عدم وفاة المقر بالتزامه فإن محكمة .... الابتدائية ينعقد لها الأخصائى .

بناء عليه :

يلتمس الطالب بعد الاطلاع على سند الدين وصورة الخطاب المسجل وإيصال البريد (أو الإنذار أو البروتستو) سالفى الذكر بإلزام المعلن إليه بأن يؤدى للطالب مبلغ وقدره .... أصلاً والفوائد بواقع .... مع إلزامه أيضاً بالمصاريف ومقابل أتعاب المحاماة .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

وكيل الطالب

المحامى

ملحوظة : إذا كان من الجائز الاتفاق على العقاد الاختصاص لمحكمة أخرى غير المحكمة المختصة طبقاً للقواعد العامة ، فإن مثل هذا الاتفاق لا يسرى إلا إذا كان الاختصاص المتفق على خلاف القواعد العامة يتعلق بالاختصاص المحلى فحسب ، ذلك لأنه وبعد أن أعاد المشرع اعتبار الاختصاص القيمى من الاختصاص المتعلق بالنظام العام ، فلم يعد من الجائز إذن الاتفاق على أن يكون الاختصاص لغير القاضى المختص بحسب قيمة الدين أو المنقول المطلوب أدائه .

صحيفة استئناف أمر أداء

مادة 206

انه فى يوم ....

بناء على طلب السيد /............ المقيم .... وموطنه المختار مكتب الأستاذ /............ "المحامى"

أنا .... محضر محكمة .... الجزئية أو الابتدائية قد انتقلت حيث إقامة ....

السيد / .... ومهنته .... المقيم .... محافظة ....

وأعلنته بالاستئناف الآتى

بتاريخ / /2000 أعلن المعلن إليه المعلن بأمر الأداء الرقيم .....لسنة .... الصادر من السيد قاضى محكمة ......(أو الصادر من السيد رئيس محكمة .... الابتدائية) وبالعريضة الصادر عليها الأمر والذى استبان للمعلن مما سبق أن المعلن قد استصدر ضده أمر الأداء المذكور والذى صدر بإلزام المعلن بأن يؤدى للمعلن إليه .... والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة

واستبان للمعلن أن المعلن إليه كان قد تقدم للسيد قاضى محكمة ...... (أو للسيد رئيس محكمة .... الابتدائية) بطلب إصدار أمر أداء ضد المعلن يقضى بإلزامه بأن يؤدى له .... على سند من القول بأنه يداين المعلن بهذا المبلغ بسبب........ ومن ثم ، فقد صدر لصالحه أمر الأداء المذكور .

وحيث أنه لما كان أمر الأداء سالف الذكر قد جاء مجحفاً بحقوق المعلن وضاراً بها وأبعد ما يكون عن الواقع ، وكان قد تم إعلانه للمعلن بتاريخ / /2000

ومن ثم فإنه يقيم عته هذا الاستئناف .

أسباب الاستئناف :

(1)

(2)

(3)

(تذكر أسباب الاستئناف) :

...فلهذه الأسباب ، وللأسباب الأخرى التى سوف يبديها المعلن بالجلسات فإنه يستأنف هذا الأمر.

بناء عليه :

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت حيث إقامة المعلن إليه وسلمته صورة من هذا وكلفته بالحضور أمام محكمة استئناف .... الدائرة (.....) والكائن مقرها .... وذلك بجلستها المنعقدة علناً ابتداء من الساعة التاسعة صباحاً وما بعدها فى يوم / /2004 والموافق .... ليسمع المعلن إليه الحكم بـــ

أولاً: بقبول الاستئناف شكلاً.

ثانياً: وفى الموضوع بإلغاء أمر الأداء الرقيم ...... لسنة .... الصادر من السيد قاضى محكمة .... (أو السيد رئيس محكمة .... الإبتدائية) والمبين بهذه الصحيفة.

ثالثاً : إلزام المعلن إليه المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة .

ولأجل العلم ..

تظلم من أمر أداء ومن حجز تحفظي مع طلب إلغاء النفاذ المعجل(1)

انه فى يوم .... الموافق / / 19 الساعة ....

بناء على طلب السيد .... ومهنته .... المقيم برقم .... بشارع ....

قسم......... محافظة ....ومحله المختار مكتب الأستاذ .... المحامى الكائن ....

أنا .... محضر محكمة .... قد انتقلت إلى محل إقامة السيد ....

ومهنته .... المقيم برقم ...... شارع .... قسم .... محافظة ....

مخاطباً ....

وأعلنته بالآتى :

بتاريخ / / 19 تلقى الطالب إعلاناً متضمناً إلزامه بأن يدفع مبلغ .... جنيها المعلن إليه بموجب أمر الأداء رقم .... لسنة 19 مع تثبيت الحجز التحفظى المتوقع / / 19 وقد أستند المعلن إليه فى عريضة استصدار هذا الأمر إلى امتناع الطالب عن الوفاء بأجر العين محل عقد الإيجار المبرم فيما بينهما بتاريخ / / 19 وذلك عن المدة من / / 19 إلى / / 19 وقد شمل أمر الأداء بالنفاذ المعجل بلا كفالة مما يعرض الطالب لاتخاذ إجراءات التنفيذ على أمواله المحجوزة بدون وجه حق.

(1) المستشار أنور طلبه .

لما كان أمر الأداء المتظلم منه قد صدر بالمخالفة لاحكام القانون إذ لم يتمكن الطالب من إبداء أوجه دفاعه التى من شأنها أن تحول دون إصداره إذا كان السيد القاضى الأمر قد وقف عليها ومن ثم فإن الطالب يتظلم من هذا الأمر للأسباب الآتية:

أولاً : بموجب عقد إيجار مؤرخ / / 19 استأجر الطالب من المعلن إليه الشقة المبينة به بأجرة شهرية قدرها .... جنيهاً ظل الطالب يوفى بها فى / / 19 وإذ تبين له أن ذات العين كانت مؤجرة من قبل بأجرة شهريه قدرها .... جنيها وفقاً لإيصالات صادرة من المعلن إليه للمستأجر السابق عن ذات الشقة مفاد ذلك أنه يحق للطالب التمسك بالأجرة القانونية التى يتعلق تحديدها بالنظام العام ويحول ذلك دون الاتفاق مخالفتها ومن ثم يقع التحديد الوارد بالعقد المشار إليه باطلاً وكأنه لم يكن بالنسبة لما جاوز الأجرة القانونية

ثانياً : يترتب على ما تقدم أن أمر الأداء وأمر الحجز التحفظى الصادران بناء على هذا العقد يكونان مشوبان بمخالفة القانون لصدورهما اقتضاء لحق غير مستحق فى جزء منه . وأن الجزء الباقى فقد تم الوفاء به عن طريق المقاصة التى قضت مبلغ .... جنيها يمثل جزء من الفرق بين الأجرة القانونية الواردة بالعقد أما الباقى وقدره .... جنيها فقد أودعه الطالب خزينة الحى بموجب إيصال مؤرخ / / 19 رفض المعلن إليه تسلمه بناء على خطاب مرسل إليه مع علم الوصول .

ولما كان أمر الأداء قد صدر بالرغم من الوفاء بالمبلغ المطالب به على نحو ما تقدم وقد شمل بالنفاذ المعجل مما يمثل خطراً وشيك الوقوع بالبدء فى اتخاذ إجراءات التنفيذ ومن ثم يحق للطالب أن يطلب بصفة مستعجلة وفى أول جلسة محددة لنظر هذا التظلم بإلغاء وصف النفاذ المعجل المشمول به الأمر .

بناء عليه :

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت فى تاريخه إلى محل إقامة المعلن إليه وأعلنته بصورة من هذا وكلفته بالحضور أمام محكمة .... الدائرة......... بمقرها الكائن بشارع............ وذلك بجلستها المنعقدة علنا فى يوم .... الموافق / / 19 الساعة التاسعة صباحاً لسماع الحكم بقبول التظلم شكلاً وبصفة مستعجلة بإلغاء وصف النفاذ المعجل المشمول به الأمر وفى الموضوع بإلغاء أمر الأداء رقم .... لسنة 19 وأمر الحجز التحفظى رقم .... لسنة 19 واعتبارهما كأن لم يكن مع إلزام المعلن إليه المصاريف ومقابل أتعاب المحاماة وشمول الحكم بالنفاذ المعجل بلا كفالة مع حفظ كافة الحقوق .

ولأجل العلم ..

عريضة استصدار أمر أداء وتثبيت حجز تحفظى (1)

السيد رئيس محكمة..................

مقدمة .... ومهنته .... المقيم برقم .... شارع .... قسم ....
محافظة .... ومحله المختار مكتب الأستاذ .... المحامى الكائن .... (
فى دائرة اختصاص المحكمة وإلا جاز إعلانه بقلم الكتاب) .

ضـــد

السيد .... ومهنته .... المقيم برقم .... شارع .... قسم
.... محافظة ....

الموضـــوع

بموجب سند إذنى محرر بتاريخ / / 19 يداين الطالب المقدم ضده بمبلغ .... جنيها مستحق الوفاء فى / / 19 وعند حلول هذا الأجل قام الطـالب بتكليف المذكـور بالوفاء بكتاب مسجل مـع علم الوصـول بتاريخ / / 19 ضمنه المـديونية سـالفة البيـان وحلول أجل الـدين فى / / 19 ونية عليه بالوفاء خلال خمسة أيام من تاريخ هذا التكليف إلا أنه امتنع بدون سند من القانون ولم يقم بالوفاء رغم انقضاء الأجل.

ولما كان حق الطالب ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به ديناً من النقود معين المقدار فإن سبيله إلى المطالبة بع يكون عن طريق أمر الأداء عملاً بنص المادة 201 من قانون المرافعات.

---

(1)المستشار أنور طلبه

وبتاريخ / / 19 استصدار الطالب ضد المقدم أمر الحجز التحفظى رقم ....
لسنة 19 و أوقع بموجبه حجزاً تحفيظاً على منقولاته الكائنة .... والمبنية
بصورة محضر الحجز المؤرخ / / 19 المودعة حافظة مستندات الطالب

بناء عليه :

يلتمس الطالب بعد الإطلاع على هذه العريضة والمستندات التى طويت عليها حافظة وعلى المواد 201-203 من قانون المرافعات إصدار الأمر بإلزام المقدم ضده بأن يؤدى للطالب مبلغ .... جنيها والفوائد القانونية بواقع ......%سنوياً من تاريخ تقديم هذه العريضة وحتى السداد مع المصاريف ونقابل أتعاب المحاماة وشمول الأمر بالنفاذ المعجل بلا كفالة مع تثبيت الحجز التحفظى المتوقع بتاريخ / / 19.

تحريراً فى / / 19

(وكيل الطالب)

قائمة المـراجع

الدكتور أحمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ.

الدكتور عبد الباسط جميعى : مبادئ المرافعات فى قانون المرافعات .

الدكتور فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى التنفيذ الجبرى.

الدكتور ة أمينة النمر : أوامر الأداء.

الدكتور رمزى سيف : الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية.

الدكتور عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى.

المستشار أنور العمروسى فى التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل.

المستشار أنور طلبه فى التعليق على نصوص القانون المدنى.

المستشار عز الدين الديناصورى والأستاذ حامد عكاز فى التعليق على قانون المرافعات.

الأستاذ كمال عبد العزيز : فى تقنين المرافعات فى ضوء القضاء والفقه.

المستشارين محمد على راتب ومحمد نصر الدين كامل : ومحمد فاروق راتب : قضاء الأمور المستعجلة.

الأستاذين شوقى وهبى ومهنى مشرقى : الصيغ القانونية للأوراق القضائية الطبعة الرابعة.

المستشار سيد حسن البغال : الوسيط فى شرح الصيغ القانونية.

المستشار الدكتور أبو اليزيد على : الأحوال العلمية والعملية لإجراءات التقاضى.

المستشار أنور العمروسى فى الصيغ القضائية المدنية.

المستشار أنور طلبه : فى الصيغ القانونية للصحف والأوراق القضائية وطلبات الشهر العقارى طبعة 1987 الجزء الثانى.

الأستاذ عبد المنعم حسنى : طرق الطعن فى الأحكام المدنية والتجارية.

الدكتور ثروت عبد الرحيم : القانون التجارى

الدكتور على البارودى : مبادئ القانون التجارى والبحرى والوجيز فى القانون التجارى.

الدكتور مصطفى كمال طه : القانون التجارى .

الدكتور محمد حامد فهمى : فى تنفيذ الأحكام والسندات الطبعة الثانية.

الدكتور عزمى عبد الفتاح : قواعد التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات .

أحكام النقض.

الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية 83/82 للأستاذين حسن الفكهانى وعبد المنعم حسنى .

الموسوعة الشاملة لاحكام محكمة النقض للمستشار أنور طلبه .

مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات 70 إلى 75 ومن 75- 1980 للمستشار خلف محمد .

ومجموعات أحكام محكمة النقض الصادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض .

مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى خمسين عاماً طبعة نادى القضاة 1986.

المستحدث فى أحكام النقض من عام 2000 حتى عام 2002 بالإضافة إلى العديد من المراجع مشار إليها فى موضعها.

تم بحمد الله

الفهرس